

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

CAMILA DAL COMUNI AUGUSTO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE**

**FLORIANÓPOLIS
2018**

CAMILA DAL COMUNI AUGUSTO

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO MEIO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS
DA PERSONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

FLORIANÓPOLIS

2018

AGRADECIMENTOS

Agradecer é saber reconhecer que a vitória não é solitária. Chegar na reta final do curso de Direito não foi fácil mas, apesar de existirem vários desafios pelo caminho, houveram também várias mãos estendidas e incansáveis incentivos das pessoas que me cercam.

Primeiramente, agradeço meus pais, meus principais incentivadores, Alexandro e Selma, que são a razão de tudo. Desde o princípio me cobriram de amor, carinho e nunca mediram esforços para me proporcionar conhecimento. Sou eternamente grata por tudo que fazem pelo meu bem-estar e pela minha felicidade. A pessoa que me tornei hoje é fruto de toda a dedicação que vocês empenharam e de todos os valores que me transmitiram. É a vocês que destino essa conquista.

À minha irmã Alexia, que veio ao mundo para me trazer alegria e ternura, minha companheira de todas as noites em que ficávamos à espera da mãe voltar da escola.

Aos meus avós José e Hilda, pelo cuidado e amor incondicional. Mesmo de longe vocês fazem parte dessa conquista e tenho plena convicção de que estão comemorando junto comigo.

Ao meu namorado Juliano, por tudo que representa para mim, nosso encontro é de almas. Sou grata por todo o afeto, proteção e cumplicidade que demonstra diariamente. Saiba que tua presença torna tudo mais fácil e ensolarado.

Às minhas amigas e amigos, que tornaram esses cinco anos mais leves e agradáveis, vocês são essenciais, e ocupam um lugar único no meu coração.

À minha dupla de EMAJ e de vida, Ana Paula, com quem compartilhei sonhos, alegrias e angústias, que sempre esteve ao meu lado em qualquer situação, nossa sintonia é de outras vidas!

A todos os professores que passaram pela minha trajetória estudantil e que me apoiaram nessa linda jornada em busca do conhecimento, desde o ensino fundamental com a turminha da professora Enoí até a décima fase do curso de Direito da UFSC. Vocês são fundamentais e merecem todo o reconhecimento pelo trabalho que desempenham.

À Locus Iuris Empresa Júnior de Direito da UFSC, agradeço por ter me mostrado horizontes que eu jamais enxergaria sozinha, por todo crescimento e ainda por ter me propiciado encontros com pessoas especiais, cheias de fôlego e determinação que só acrescentaram para o meu desenvolvimento pessoal e acadêmico.

Agradeço a todos os estágios que exerceram um papel crucial na minha formação acadêmica e profissional: Barros & Vecchio, Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina e Eletrobras. Todas essas vivências me permitiram vislumbrar como é o mundo lá fora.

Aos membros de minha banca, agradeço por aceitarem compartilhar desse momento tão importante comigo e por contribuírem para o aperfeiçoamento da monografia.

Ao meu orientador, professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, a quem tive o privilégio de ser aluna na graduação e que gentilmente aceitou a orientação desse trabalho, sendo em todos os momentos solícito, atencioso e diligente. Agradeço por todos os conselhos e ensinamentos repassados em cada reunião. Tenho muita admiração pela sua pesquisa.

E por fim, um agradecimento especial para a Universidade Federal de Santa Catarina. Por ser um mundo de possibilidades, por me permitir sonhar, e proporcionar experiências que ficarão para sempre na minha memória. UFSC, até breve!

“Esquecer é uma necessidade. A vida é uma lousa, em o que destino, para escrever um novo caso, precisa de apagar o caso escrito”.

(Machado de Assis)

RESUMO

AUGUSTO, Camila Dal Comuni. **O direito ao esquecimento como meio de proteção dos direitos da personalidade.** 2018. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

A presente monografia destina-se a analisar o direito ao esquecimento como uma ferramenta de proteção aos direitos da personalidade. Igualmente examina-se a maneira que esse instituto vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros. Aprofunda-se a pesquisa por meio do estudo de jurisprudência, doutrina e do direito comparado e para tanto, utiliza-se o método dedutivo. Além disso, toma-se por hipótese que em determinadas situações o direito ao esquecimento pode encontrar limites no exercício de outros direitos, como a liberdade de expressão e informação. Assim, compreende-se a tese do garantismo como uma via alternativa à ponderação. Desse modo, no primeiro capítulo apresenta-se o conceito e as características dos direitos da personalidade. No segundo, examina-se o instituto do direito ao esquecimento, a sua regulamentação pelo Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal e de que forma o mesmo é aplicado pelos tribunais brasileiros e pelos tribunais internacionais. Por fim, faz-se uma análise do direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão e de como a elucidação pode se dar através da tese garantista. Outrossim, nota-se a possibilidade de reparação civil devido à violação dos direitos personalíssimos.

Palavras – chaves: Direito ao esquecimento, direitos da personalidade, liberdade de expressão, garantismo, ponderação, responsabilidade civil.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the right of be forgotten as a tool to protect the rights of the personality, and also examines the way in which this institute has been applied by the Brazilian courts. The research is deepened through the study of jurisprudence, doctrine and comparative law, for that, the deductive method is used. In addition, it is hypothesized that in certain situations, the right to forget can find limits in the exercise of other rights, such as freedom of expression and information, so the thesis of garantism is understood as an alternative way of pondering. Thus, the first chapter presents the concept and characteristics of personality rights. In the second, the Institute for the right of be forgotten is examined, its regulation by the Federal Court Council's Statement 531, and how it is applied by the Brazilian courts and by the international courts. Finally, an analysis is made of the right of be forgotten in the face of freedom of expression, and of how the elucidation can be given through the guaranteeing thesis. Also, the possibility of civil reparation due to the violation of the most personal rights is noted.

Keywords: Right of be forgotten, rights of the personality, freedom of expression, garantism, balancing fundamental rights, civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CONCEITO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	13
1.1 Natureza jurídica dos direitos da personalidade	15
1.2 Origem dos direitos da personalidade	15
1.3 Características dos direitos da personalidade	17
1.3.1 Caráter Absoluto	17
1.3.2 Generalidade.....	17
1.3.3 Extrapatrimonialidade.....	17
1.3.4 Indisponibilidade.....	18
1.3.5 Imprescritibilidade.....	19
1.3.6 Impenhorabilidade.....	20
1.3.7 Vitaliciedade.....	20
1.4 Classificação dos direitos da personalidade.....	21
1.4.1 Direito à privacidade.....	21
1.4.2 Direito ao segredo.....	24
1.4.3 Direito à honra.....	26
1.4.4 Direito à imagem.....	27
1.4.5 Direito à liberdade.....	28
1.4.6 Direito à liberdade de pensamento.....	30
1.5 Proteção dos direitos da personalidade.....	31
2. DIREITO AO ESQUECIMENTO.....	32
2.1 Origem.....	32
2.2 Conceito.....	32
2.3 Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal.....	35
2.4 REsp n. 1.334.097/RJ e REsp n. 1.335.153/RJ Síntese acerca das principais decisões do STJ.....	38
2.5 Direito ao esquecimento no âmbito Internacional.....	46
3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	54

3.1 Teoria ponderacionista de Alexy e seu contraponto na teoria garantista de Ferrajoli.....	59
3.2 Responsabilidade Civil em virtude da violação dos direitos da personalidade.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passaram a ter um maior protagonismo, não só na esfera puramente formal, mas sobretudo quanto a efetivas políticas institucionais, todo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Estes aportes jurídicos, por seu turno, passaram também a influir, mormente na esfera da autonomia da vontade, na elaboração do Código Civil vigente.

É irrefutável que o Código Civil de 2002 trouxe uma grande evolução ao reservar um capítulo próprio para versar sobre os direitos da personalidade. Esse fato se deve a mudança de valores do direito brasileiro, que deixou de ser especialmente baseado nos direitos patrimoniais, como ocorreu com o Código Civil de 1916, que atendia essencialmente a interesses privatistas.

Diante desse novo contexto, o tema da proteção dos direitos da personalidade e, sobretudo a extensão dos instrumentos ou institutos que os asseguram ao longo do tempo, ganham destaque significativo no atual direito brasileiro e sua necessidade de efetivação.

Devido a atualidade e importância evidenciadas, o presente trabalho versa sobre o tema do direito ao esquecimento como meio de proteção dos direitos da personalidade que será desenvolvido em três capítulos, quais sejam:

O primeiro capítulo explana e conceitua os direitos personalíssimos. O segundo trata do direito ao esquecimento, de como ele foi recepcionado e aplicado nos casos concretos pelos tribunais brasileiros e de como o mesmo é examinado em âmbito internacional. E por fim, o terceiro capítulo, alicerçado especialmente na tese garantista de Luigi Ferrajoli, contrapõe o modelo ponderacionista de Robert Alexy a fim de demonstrar que não ocorre um conflito entre normas, pois as normas são formalmente harmônicas. O que ocorre é que os direitos fundamentais ligados à personalidade podem em algumas situações encontrar limites legítimos ou não, frente ao exercício de outros direitos, como é o caso do direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão.

Por fim, a pesquisa refere-se ao instituto da responsabilidade civil pelos danos causados aos direitos da personalidade, fiando-se ser a tutela inibitória o caminho mais efetivo.

Para tanto, o método de abordagem utilizado na monografia será o método dedutivo, dado que se parte de conceitos gerais sobre os direitos personalíssimos para, ao decorrer da pesquisa, adentrar-se especificamente no tema proposto.

1. CONCEITO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para se conceituar os direitos da personalidade é preciso, antes de tudo, definir o que é pessoa perante o ordenamento jurídico, dado que é por meio dela que se conquista personalidade. A pessoa natural recebe tratamento pelo art. 1º do Código Civil de 2002, que dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Já em seguida, o art. 2º complementa “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Destarte, toda pessoa que nasce com vida adquire personalidade, sendo o entendimento da teoria natalista, passando a figurar como sujeito de direito, podendo contrair direitos e deveres na ordem jurídica. É importante ressaltar que o Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916, conferiu proteção ao nascituro, que é o ser ainda em formação.¹

Além desse entendimento da teoria natalista, alguns doutrinadores como Gonçalves, (2012, p. 97-98) acreditam existir mais duas teorias acerca da personalidade, que são a teoria concepcionista e da personalidade condicional. A primeira teoria fia-se no sentido de que a personalidade tem início a partir da concepção do feto, que precede ao nascimento. De maneira oposta, a segunda teoria crê que o nascituro é uma pessoa condicional, pois para adquirir a personalidade existe a condição do nascimento com vida. A teoria da personalidade condicional se assemelha muito a teoria natalista e pode ser vista como um desdobramento desta.

Os doutrinadores mais tradicionalistas defendem a aplicação da teoria natalista, pois alegam que o nascituro tem mera expectativa de direito, posto que sua existência está condicionada ao nascimento com vida.

Destaca-se que o tema gera controvérsias até mesmo para os tribunais, uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não possui entendimento firmado sobre a questão. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça vem defendendo a teoria concepcionista. Nesse sentido, Gonçalves (2012, p. 104), afirma:

O Supremo Federal não tem uma posição definida a respeito das referidas teorias, ora seguindo a teoria natalista, ora a concepcionista (cf. RE 99.038, Reclamação 12.040 -DF e ADI 3.510). O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral.

¹ Definição de nascituro: “O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”. (HILDEBRAND, 2007, p. 205)

Assim, percebe-se a importância da doutrina nesse debate, que é dominante no sentido de empregar a teoria concepcionista para tutelar os direitos do nascituro, como é o caso dos alimentos gravídicos, que são garantidos pela lei n. 11.804/2008.

A aceção dos direitos da personalidade é de que os mesmos servem como tutela para a pessoa natural para os seus direitos existenciais. Podem ser classificados como pertencentes à esfera extrapatrimonial de todo indivíduo, pois, em regra não são valorados.

Nessa linha, Gagliano e Pamplona filho (2014, p. 159), afirmam que tais direitos se conceituam como aqueles que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

Maria Helena Diniz (2011, p. 133-134), conceitua da seguinte maneira:

O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial.

Através da constitucionalização do direito, os direitos da personalidade ganharam um destaque maior, sendo assegurados na Constituição Federal de 1988 com o *status* de direito fundamental do indivíduo, tendo como cláusula geral o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse conjunto de direitos abrange um rol tripartite puramente elucidativo, referente a integridade física, integridade moral e integridade intelectual. Esse caráter elucidativo se dá porque os direitos da personalidade nascem do princípio da dignidade da pessoa humana, presente na primeira parte do Enunciado 274 do Conselho da Justiça Federal:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da **cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana)**. Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (grifou-se).

Direitos da personalidade são um conjunto de direitos que aludem sobre o próprio indivíduo como pessoa que podem refletir na esfera pessoal ou jurídica.

A definição aqui adotada para conceituar os direitos da personalidade, é baseada também nas lições de Rubens Limongi França (1981, p. 5) no qual esse conjunto de direitos abarca “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem como seus prolongamentos e projeções”

1.1 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No que se refere a natureza dos direitos da personalidade, muito já foi debatido na doutrina como, por exemplo, a controvérsia de que esse direito poderia servir como fundamento para o suicídio.

Dessa forma, Gagliano e Pamplona filho (2014, p. 154) esclarecem que a existência dos direitos da personalidade como pertencentes ao elenco dos direitos subjetivos foi negada por um segmento da doutrina, que se denominava de juristas de escol². Eles afirmavam que não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, pois isso justificaria em *última ratio*, o suicídio.

Essa afirmativa feita pelos juristas de escol, não é mais aceita, devido ao caráter extremista desse pensamento, que beira ao desdém com o propósito do próprio direito.

Orlando Gomes (1999, p. 154), por sua vez, contrapõe essa afirmação, dispondo que o direito à vida não legitima o suicídio.

Atualmente o entendimento que prevalece é o de que os direitos da personalidade se referem aos poderes que o homem exerce sobre a sua própria pessoa.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem tratar-se de direitos sem sujeito, que não se deve buscar na própria pessoa, mas nos indivíduos que a cercam, que devem ter uma conduta respeitosa.

1.2 ORIGEM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Quanto à origem dos direitos da personalidade, a doutrina dominante fia-se no sentido de que estes nasceram pela via do jus naturalismo³, segundo o qual essa concepção de direitos das pessoas, precedem o ordenamento jurídico, pois são direitos inatos ou até transcendentais dos seres humanos. Essa corrente reforça a autonomia e relevância dos direitos personalíssimos, visando impedir a extinção destes.

² Juristas de melhor qualidade, pertencentes a uma elite dominante.

³ Em realidade, o jus naturalismo apresenta duas vertentes, uma delas medieval de caráter teológico entre os séculos XI a XV e outra, da era moderna de caráter racionalista, entre os séculos XVI e XVIII. Saliente-se que o atual paradigma positivista rompeu definitivamente com as bases do jus naturalismo desde o século XIX ao relativizar historicamente e institucionalmente os direitos, cingindo claramente o direito posto de qualquer apelo a uma justiça moral ou metafísica.

Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira⁴, (2002, p. 23 - 25) corrobora:

Para quem “encontra, pois, boa sustentação, proclamar que a origem remota dos direitos da personalidade assenta no direito natural” e que “os direitos da personalidade, como categoria, são considerados como inerentes à pessoa humana, independentemente de seu reconhecimento pela ordem positiva.

Em oposição ao jus naturalismo, o atual paradigma positivista tem como assento a concepção de que os direitos da personalidade são somente aqueles positivados no ordenamento jurídico, ou seja, reconhecidos pelo Estado. Essa corrente nega a existência de direitos inerentes aos seres humanos, produzidos através de valores sociais, e acredita que o entendimento do jus positivismo garante maior proteção aos direitos da personalidade.

Também há doutrinadores que defendem que somente essa corrente qual seja o positivismo é capaz de explicar a proteção dos direitos morais do autor, afirmando que não nascem pela via de valores inatos, mas são historicamente instituídos nos diversos ordenamentos jurídicos.

A crítica que se faz a esse pensamento é o risco de que esses direitos fiquem atrelados inelutavelmente a uma ordem estatal. Em contrapartida, rebate-se que esse risco de engessamento é relativizado pelo fato de que há uma extensa gama de direitos fundamentais, todos derivados da concepção de dignidade da pessoa humana, que se auto limitam nas suas formas de aplicação com base em diversos métodos de argumentação constitucional⁵.

Gagliano e Pamplona (2014, p. 188), afirmam que qualquer seja a corrente adotada pelos juristas, o mais importante é entender que a dimensão cultural do direito, como criação da humanidade, deve sempre garantir um conjunto mínimo de propriedades que conservem essa condição humana, como algo a ser protegido.

Dessa forma, a personalidade é vista como um atributo a ser tutelado juridicamente a partir de uma ordem positivista tida como a única válida, mas que não rejeita o conhecimento histórico sob o paradigma jus naturalista da origem de alguns direitos, ou mesmo sua fundamentação filosófica, desde que devidamente recepcionados sob os termos e fundamentos dogmáticos do atual positivismo jurídico.

4 Observa-se do que expõe esse autor, ainda uma confusão doutrinária entre fundamentos jus naturalistas como sustentáculo de argumentos positivistas o que soa incoerente. Isto porque, os direitos da personalidade, independente da sua origem histórica, afirmam-se no positivismo por serem normas devidamente instituídas por processo legislativo e não por um suposto valor transcendental ou metafísico.

⁵ Nesta pesquisa são analisados no que convém ao tema abordado, os métodos garantista e ponderacionista.

1.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pode-se destacar que as características principais dos direitos da personalidade, em seu estado físico, mental e moral, são aquelas que lhes conferem individualidade.

Partindo dessa premissa, as características dos direitos da personalidade são:

- a) Absolutos
- b) Gerais
- c) Extrapatrimoniais
- d) Indisponíveis
- e) Imprescritíveis
- f) Impenhoráveis
- g) Vitalícios

1.3.1 Caráter absoluto

O caráter absoluto se dá em razão da sua oponibilidade, assumindo um *status erga omnes*, que atinge a todos e produzindo efeitos em todos os planos, mas isso não significa dizer que são ilimitados, pois nenhum direito assim se apresenta ou se aplica.

Essa característica assume relação com a indisponibilidade, uma vez que o titular do direito não pode cedê-lo para outro e nem renunciá-lo, art. 11 do Código Civil⁶.

1.3.2 Generalidade

A generalidade é atribuída pelo fato de que todas as pessoas, indistintamente, possuem direitos da personalidade somente por existirem ou pelo simples fato de serem pessoas.

1.3.3 Extrapatrimonialidade

A extrapatrimonialidade é uma particularidade evidente nos direitos da personalidade, e pode ser entendida como a ausência de patrimonialidade, como valor de troca ou negociação, pelo menos diretamente, pois sua violação pode gerar efeitos no campo econômico, sendo assim, ela não é absoluta.

⁶ **Art. 11.** Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

1.3.4 Indisponibilidade

Quanto a indisponibilidade, significa que o indivíduo não pode alterar a titularidade desse direito, mesmo por vontade própria, e essa característica eleva os direitos da personalidade a outro degrau em relação a outros direitos privados.

O Código Civil ora vigente, em seu artigo 11, mencionado anteriormente, taxou tais características em seu texto.

Em breve análise acerca da intransmissibilidade presente no artigo mencionado acima, a mesma pode ser compreendida como a vedação da transmissão de tal direito para outrem.

Já a irrenunciabilidade, traz a concepção de que os direitos personalíssimos não podem ser declinados.

Porém, alguns autores como Gagliano e Pamplona Filho (2014, p.196), contrapõem que os direitos da personalidade são relativamente indisponíveis, pois só é vedada que a renúncia seja definitiva e geral. Como por exemplo, a cessão de imagem do atleta de futebol, que no nosso ordenamento jurídico brasileiro não é muito bem recepcionada. A interpretação só poderá ser feita de modo restritivo, nesses casos relacionados a imagem.

Josaphat Marinho (2001, p. 253), constata:

Verifica-se que certos direitos, como os autorais e os relativos à imagem, 'por interesse negocial e da expansão tecnológica', entram na 'circulação jurídica' e experimentam 'temperamentos', sem perder seus caracteres intrínsecos. É o que se apura na adaptação de obra para novela ou no uso da imagem para a promoção de empresas. Também é semelhante o fenômeno, sem interesse pecuniário, na cessão de órgãos do corpo para fins científicos ou humanitários. Daí, Henry, Leon et Jean Mazeaud poderem fixar, já em 1955, que 'se a intransferibilidade aparece como o caráter essencial dos direitos da personalidade, também se submete a certos abrandamentos.

Ainda no caso da imagem, é admitida a cessão de uso, assim o direito não é transferido para outrem, apenas a sua permissão de uso.

Nesse ponto, é pertinente o exemplo trazido por Gagliano e Pamplona (2014, p. 197):

Assim, se uma atriz famosa autorizou a publicação de sua imagem em informe publicitário (cessão de uso), não se admitirá outra utilização (veiculação em outdoors, por exemplo) sem a sua expressa aquiescência, sob pena de responsabilizar civilmente o infrator.

Nota-se que a interpretação não é extensiva, visto que a utilização é permitida somente ao ajustado contratualmente.

1.3.5 Imprescritibilidade

Estes direitos também são imprescritíveis e podem ser exercidos pelo titular a qualquer tempo, conferindo uma proteção diferenciada aos direitos da personalidade, pois não há prescrição para o seu uso e os mesmos não se extinguem caso não sejam utilizados.

É importante salientar que este caráter de imprescritibilidade, refere-se aos efeitos causados pelo decurso do tempo, para a aquisição ou extinção dos direitos. Dessa forma, não se relaciona com pretensões patrimoniais decorrentes dos direitos da personalidade, que são atingidos pela prescrição (esse é o entendimento majoritário da doutrina atual).

Caso ocorra, por exemplo, a violação de um direito da personalidade, nasce para o titular do direito a pretensão de reparação. Essa pretensão pode ser extinta através da prescrição, conforme o art. 206, §3º, V, do Código Civil de 2002⁷.

Cabe destacar que, o aceiteamento por parte da doutrina e jurisprudência, da indenização por danos morais, resultantes da violação dos direitos da personalidade, simboliza uma ruptura com as concepções tradicionalistas que não aceitavam que elementos pertencentes à esfera íntima e psicológica do indivíduo fizessem parte da tutela jurídica. Essa temática será melhor analisada no item 3.2 do terceiro capítulo.

Apesar desse avanço, não se pode esquecer que esta não deve ser a única inquietude acerca da proteção jurídica, pois só ocorre a violação quando há o uso desses direitos, ou seja, a violação é consequência do exercício.

A importância que é dada à violação dos direitos da personalidade em detrimento do seu próprio exercício, evidencia o caráter patrimonialista de um direito tradicional que ainda carrega traços de códigos passados. Mesmo com o grande progresso trazido pelo Código Civil de 2002, ainda o patrimônio exerce forte influência em nosso direito.

⁷ **Art. 206.** Prescreve:

§ 3º Em três anos:

V - A pretensão de reparação civil;

1.3.6 Impenhorabilidade

Outrossim, essa plêiade de direitos inatos aos indivíduos, é impenhorável, particularidade decorrente do caráter extrapatrimonial, já explicitado acima.

No que se refere ao direito à imagem, há uma dualidade: ao mesmo tempo que possui características extrapatrimoniais, há o lado patrimonial, quando ocorre a cessão de uso, por exemplo.

Nesse sentido, é possível penhorar o uso à imagem, que corresponde ao caráter patrimonial. Porém, não se pode penhorar o direito à imagem, que é extrapatrimonial.

1.3.7 Vitaliciedade

Os direitos da personalidade conduzem o indivíduo desde o seu nascimento até a sua morte, são inatos e perenes, sendo assim, são extintos, em regra, com o fim da vida.

Contudo, há de se sublinhar que alguns direitos da personalidade podem se estender além da morte, como é o caso do direito do cadáver ou corpo morto.

Ademais, por exemplo, se ocorrer um dano à honra do indivíduo falecido, pode-se pleitear judicialmente que isso cesse, de acordo com o art. 12 do Código Civil⁸ então vigente. Quem possui legitimidade para tanto, é o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, colateral, ou até o quarto grau, essa norma serve também para os casos de ausência.

Finalmente, assinala-se com as palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 199):

Os direitos da personalidade não são suscetíveis, também, de execução forçada, uma vez que independem de pronunciamento judicial para seu exercício. O que há é previsão legal expressa de atuação do Estado-Juiz para a sua proteção ou reintegração, em caso de ameaça ou concretização de lesão, respectivamente.

⁸ **Art. 12.** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

1.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A classificação tratada aqui é tripartite⁹, baseada nos ensinamentos de Carlos Alberto Bittar (1989, p. 63-64), que se sustenta no aspecto físico, psicológico e moral¹⁰.

A partir dessa classificação, a proteção é feita com base em:

- a) Aspectos pertencentes a seara física, como a vida, o corpo, a voz;
- b) Aspectos psíquicos e intelectuais, como a liberdade, a privacidade, propriedade intelectual;
- c) Aspectos de ordem moral, como a honra, a imagem, identidade.

Destaca-se que a classificação acima não esgota o repertório dos direitos da personalidade, pois estes seguem em contínua evolução, a fim de conferir maior segurança ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todos os direitos personalíssimos.

A presente monografia, examinará mais especificamente o direito à privacidade, ao segredo, à honra, à imagem, liberdade e a intimidade, que estão diretamente ligados com o direito ao esquecimento, que será tratado no segundo capítulo.

1.4.1 Direito à privacidade

Não há como negar a relevância que a privacidade vem ganhando nos últimos tempos, que pode ser explicada pela velocidade da informação com o advento da internet, e da comunicação em massa, através das redes sociais, por exemplo.

É um direito personalíssimo e fundamental, tutelado pelo art. 21 do diploma civil de 2002, que diz:

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Com esse crescente avanço tecnológico, as pessoas passaram a intervir mais na intimidade alheia, e com isso percebeu-se a importância do direito de estar só, de conferir maior proteção a esfera privada.

O direito de estar só se apresenta na sociedade há muito tempo, assumindo diversas modalidades, contudo, seu marco inicial foi com a publicação do artigo produzido por Warren

⁹ Orlando Gomes (1999, p. 153), é responsável por encampar a teoria bipartida, que abarca a integridade física e moral.

¹⁰ Vale mencionar que existe uma outra classificação, chamada de quadripartite, defendida por Silmara Juny de Abreu Chinellato (2000, p. 292- 293), em que coloca o direito à vida como categoria autônoma.

e Brandeis¹¹, veiculado no “*Harvard Law Review*”, em 1890, que chamou a atenção para o tema, elucidou seu conceito e balizou os limites desse instituto.

Nesse artigo, os autores explicam que o objetivo da proteção não é em relação ao ato de expressar as ideias de forma escrita, mas sim sobre o conteúdo que se está escrevendo.

Os autores também objetivavam:

Finalmente, estabelecem como direcionamento axiológico do right to privacy (ao proteger escritos pessoais ou qualquer outra forma de manifestação íntima), não o evitar a posse do meio físico onde o conteúdo está expresso, mas sim impedir a violação da personalidade da pessoa, fonte daquele conteúdo. A construção de uma norma que concretize tal direito deve levar em consideração a necessidade de proteção dos assuntos que não interessam à sociedade, impedindo que esses sejam levados a público, protegendo a todos, independentemente de seu status ou posição, proporcionando que os sujeitos possam manter privadas suas informações, se assim desejarem. É a invasão injustificada da privacidade que se objetiva reprimir e, sempre que possível, prevenir. Falam ainda sobre a importância de alguma forma de distinção ou categorização, tanto das informações como dos sujeitos, para averiguar-se o nível de proteção exigido sem jamais, contudo, abrir as portas à curiosidade lasciva. (WARREN; BRANDEIS, 1890)

Assim, é possível perceber que Warren e Brandeis (1890, p. 9) chegam a seguinte conclusão:

Devemos então concluir que os direitos [da personalidade], tão protegidos, qualquer que seja a sua natureza exata, não são direitos que emergem do contrato ou da confiança entre as partes, mas são direitos oponíveis contra qualquer pessoa; e, como mencionado, o princípio que tem sido aplicado para proteger esses direitos não é na realidade o princípio da propriedade privada, a não ser que àquele termo seja concedido outro sentido e extensão. O princípio que protege os escritos particulares e quaisquer outras produções do intelecto ou das emoções é o direito à privacidade, e a lei não tem a necessidade de formular novos princípios quando estende essa proteção às aparições, dizeres, atos e relações pessoais, domésticas ou não.

No ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que a Constituição de 1824 garante a proteção da intimidade, dispondo que “todo cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”.

¹¹ *The right to privacy.*

A ideia era de que a propriedade privada não fosse invadida, e assim, esse conceito se estendia a vida privada. Nota-se que essa proteção assumia um caráter de abstenção, indicando um comando de não fazer.

Em última análise, Mikhail Cancellier de Olivo, (2016, p. 111), ainda examina uma outra questão:

De fato, ao lermos o artigo de Warren e Brandeis percebemos que a figura jurídica nele projetada valoriza aspectos individuais do sujeito, sem relacioná-los a qualquer benefício coletivo em sua tutela ou em seu exercício. Da mesma forma, fica claro que o right to privacy ainda era direcionado a determinada classe social, que em função de seu estilo de vida atrai a atenção da sociedade e os olhares da imprensa. Contudo, em momento algum os autores buscam delimitar o que é esse direito, apresentando características que reconheçam como presentes em seu conceito sem, no entanto, esgotá-las. Como veremos em breve, tais características continuam presentes no direito à privacidade contemporâneo, embora, repetimos, não o definam de maneira única. Entendemos que está aí a importância indiscutível do trabalho referido, compreender a privacidade de forma autônoma, promovendo e impulsionando os estudos sobre esse direito em formação. Nesse sentido, acompanhamos o entendimento de Rodotà (2008, p.16) que reconhece no artigo: [A emergência de] uma visão na qual a privacidade foi vista também como uma ferramenta de proteção a minorias e opiniões dissonantes e, portanto, à livre manifestação e ao direito de livremente desenvolver a personalidade. Aqui surge um aparente paradoxo: a forte proteção da esfera privada em última instância não resguarda a privacidade nem a mantém protegida do olhar indesejável; na verdade, permite que crenças e opiniões individuais sejam tornadas públicas livremente.

Verifica-se que o componente principal do direito de estar só é o respeito à solitude de cada um, que não deseja que determinados fatos da intimidade sejam expostos a outras pessoas.

Atualmente, a privacidade é constantemente violada e essas violações foram facilitadas com a chegada da internet e de novos meios de comunicação, como ocorre, por exemplo, na obtenção indevida de dados, que algumas empresas praticam com o fito de transmitir anúncios baseados nas preferências pessoais de cada usuário.

Guilherme Magalhães Martins (2000, p. 157), expõe sua opinião acerca dessa questão:

A correspondência comercial ou mala direta é prática usual nos dias de hoje, consistindo no envio de folhetos publicitários, que podem inclusive se revestir das características de oferta, caso suficientemente detalhados e precisos (...), por intermédio do e-mail, acarreta ofensa à privacidade, na medida em que o endereço eletrônico, ao contrário do endereço postal, que é em princípio público, pode ser mantido oculto ou não, de acordo com a vontade do titular.

O direito de estar só muito tem em comum com o direito ao esquecimento, instituto que será desenvolvido e examinado no segundo capítulo do presente trabalho.

Além disso, é importante salientar que as pessoas públicas¹² também possuem o direito de ter sua intimidade resguardada, mesmo tendo uma imagem notória essas pessoas gozam da proteção legal, para vedar que alheios invadam a sua esfera privada, incluindo-se nesse rol, a imprensa.

Nesse sentido, Agostini (2011, p. 115) esclarece que “tudo aquilo que não fizer parte da vida pública, que não tenha relevância para a vida pública, deve ser relegado à vida privada passando então a fazer parte desta”.

Para que esse limite seja identificado, é necessário que o indivíduo escolha com quem deseja se relacionar e dividir seus anseios e pensamentos.

Assim, percebe-se que intimidade e vida privada se distinguem uma da outra, no ângulo de que a vida privada carece de comunicação e a intimidade isenta essa necessidade.

1.4.2 Direito ao segredo

O direito ao segredo pode ser colocado no bojo do direito à privacidade como um de seus desdobramentos. Assim, o mesmo merece proteção, pois está ligado a intimidade do indivíduo.

Nessa linha, Elimar Szaniawski (1993, p. 300) faz uma distinção entre o direito a intimidade e o direito ao segredo, vejamos:

Os partidários da subtipificação do direito ao respeito à vida privada em direito à intimidade e em direito ao segredo, conceituam o primeiro como o direito que a pessoa possui de resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros, enquanto que o direito ao segredo consiste na não divulgação de determinados fatos da vida de alguém, cujo conhecimento foi obtido lícitamente.

O conceito de segredo pode ser entendido através da elucidação de Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 73), “é o círculo concêntrico de menor raio em que se desdobra a intimidade, é o que reclama a proteção mais veemente contra a indiscrição”.

Cabe mencionar que segredo e sigilo não se confundem. Esses dois vocábulos apesar de parecerem semelhantes, possuem significados distintos.

¹² Pessoas com personalidade notória, ex: celebridades.

Para Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 610), segredo pode ser definido como, “todo assunto ou fato que não deva ser divulgado, tornado público ou conhecido de pessoas não autorizadas”.

Por sua vez, o sigilo possui uma definição mais severa, de algo que não deve ser infringido como, por exemplo, uma correspondência que está sob sigilo.

O direito ao segredo possui uma finalidade cristalina: a de proteger que determinado fato seja difundido e levado a público sem que haja a anuência das partes envolvidas no acontecimento.

Em algumas situações há a permissão da veiculação do segredo, mesmo sem a autorização do emitente. Geralmente, isso se dá quando há a necessidade de resguardar outros direitos que estejam implicados.

Indiscutível a forma posta, seja o direito a intimidade ou ao segredo, o certo é que ambas merecem proteção jurídica, pois, tratando-se de direitos fundamentais, representam uma parcela muito importante dos direitos da personalidade.

O direito ao segredo é positivado na Constituição Federal de 1988, através do artigo 5º, incisos V, X, XII, XIV, XXXVIII. Também se encontra proteção no Código Civil, no art. 21, onde afirma a inviolabilidade da vida privada de cada indivíduo, e designa medidas para situações que ocorram essa violação.

Sobre esse tema, há proteção jurídica não somente nos dispositivos mencionados acima, mas também em outros diplomas do ordenamento, de maneira específica, como no Código Penal por exemplo.

De acordo com a doutrina, encampada por Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 186), a conceituação do direito ao segredo, compreende três categorias, são elas:

- Segredo das comunicações: Refere-se ao cuidado com o sigilo das comunicações, de modo geral, que engloba o segredo epistolar, telefônico e telegráfico, consoante art. 5º, inciso XII da CF/88. No âmbito penal, a proteção se dá mediante a Lei n. 9.296/96.
- Segredo doméstico: É destinado ao espaço do lar e está diretamente ligado a inviolabilidade do domicílio, disposta no art. 5º, inciso XI da CF/88. Essa categoria do direito ao segredo é instituída até mesmo aos parentes.

- Segredo profissional: Nesta seara não são protegidos assuntos referentes à vida privada. Como o próprio título antecipa, trata-se de segredo ligado a atividade profissional, como no caso dos padres por exemplo.

1.4.3 Direito à honra

O art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso X, determina proteção a uma série de institutos, que incluem a honra das pessoas. Ainda nesse mesmo dispositivo, garante o direito a indenização pelo dano material ou moral ocasionado por essa maculação.

Também, no pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil aderiu, no art. 11 é conferida proteção à honra e a dignidade:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

Assim, extrai-se que a honra é uma propriedade dos direitos da personalidade, e a sua proteção é intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (2008, p. 149), a definição de honra, “é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”

A doutrina faz a divisão da honra entre objetiva e subjetiva. A honra subjetiva conceitua-se como aquele juízo de valor que o indivíduo faz de si mesmo, é uma concepção íntima. Já a honra objetiva, corresponde ao juízo valorativo que as outras pessoas fazem de determinado sujeito, é a fama que o nome e a imagem possuem perante a sociedade, isto é, uma concepção coletiva.

Qualquer que seja a esfera objetiva ou subjetiva, a violação da honra gera a reparação por dano moral, que é de ordem civil, a qual será tratada no item 3.2 do terceiro capítulo.

1.4.4 Direito a imagem

O direito a imagem, conforme a Constituição Federal, também é considerado um direito fundamental.

Acerca do conceito de imagem, para Uadi Lammêgo Bulos (2003, p. 143):

Trata-se de uma noção ampla, que inclui os traços característicos da personalidade, fisionomia do sujeito, ar, rosto, boca, partes do corpo, representação do aspecto visual da pessoa pela pintura, pela escultura, pelo desenho, pela fotografia, pela configuração caricata ou decorativa. Envolve, também, a imagem física, a reprodução em manequins e máscaras, por meio televisivos, radiodifusão, revistas, jornais, periódicos, boletins, que reproduzem, indevidamente, gestos, expressões, modos de se trajar, atitudes, traços fisionômicos, sorrisos, aura, fama etc.

Desse modo, conclui-se que a imagem é todo esse conjunto de características que identificam alguém, como os gestos, as mãos, o sorriso, entre outros atributos inerentes a pessoa.

Uma das controvérsias existentes sobre o tema é em torno da caricatura. A respeito disso, Pontes de Miranda (1971, p. 62), avalia:

A caricatura mais tem por fim efeito cômico que efeito identificativo. Porém nem um nem outro feriu o ponto: a caricatura é a imagem do que se reflete, da fisionomia ou do todo humano, na psique do caricaturista; é a imagem de imagem; pode bem acontecer que apanhe mais do que a fotografia e obtenha exprimir mais do que o retrato a óleo ou a lápis. Mas, por isso mesmo que se tira da imagem interior, não pode opor-se à sua feitura o caricaturado. Se ofende à honra, ou a outro direito, é outra questão. Todavia – e esse é o ponto principal – a caricatura de grande valor identificativo não pode ser atribuída a outrem, ofendendo a identidade pessoal; estaria violado o direito de personalidade à própria imagem. A afirmativa de que a caricatura só diz respeito o direito à própria imagem quando a identidade pessoal está em causa implica que se não precise do consentimento do caricaturado para se fazer caricatura; portanto sem razão estavam H. Keyssner (*Das Recht am eigenen Bilde*, 33) e J. Kohler (*Das Individualrecht als Namenrecht, Archiv für Bürgerliches Recht*, V, 88, *Das Eigenbild im Recht*, 16) quando equiparam a caricatura à fotografia.

O Código Civil de 2002 assegura a proteção ao direito à imagem por meio do seu art. 20, verifica-se:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815).

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Logo, percebe-se que a imagem representa um elemento essencial para a identidade e individualidade do ser humano, sendo imprescindível a sua preservação.

Visando a proteção desse instituto, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, asseveram (2014, p. 186):

Por isso, não só a utilização indevida da imagem (não autorizada) mas também o desvio de finalidade do uso autorizado (ex. Permite-se a veiculação da imagem em *outdoor*, e o anunciante a utiliza em informes publicitários) caracterizam violação ao direito à imagem, devendo o infrator ser civilmente responsabilizado.

Ou seja, a ofensa a esse direito fundamental enseja reparação no âmbito civil, podendo ser buscada através da tutela inibitória, instituto que recebe críticas dos defensores da liberdade de expressão.

A lesão causada ao direito a imagem pode ser reparada por meio da responsabilidade civil, devido a sua natureza mais rígida, que pode conferir maior eficácia nessa tutela.

Feita a leitura do art. 20 do Código Civil de 2002, é importante não confundir a honra com a imagem, pois, as duas possuem elementos que as distinguem.

O direito à imagem de uma pessoa pode ser violado, sem que haja ofensa à honra. Ademais, o direito a honra permitiu o nascimento do direito à imagem, servindo como leito para que este passasse a existir.

No que tange a cessão de uso desse direito que é permitida, a anuência deve ser expressa, não possibilitando interpretação extensiva dos termos contratados.

1.4.5 Direito à liberdade

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, conferiu grande amparo a liberdade, tanto a individual quanto as liberdades coletivas.

A liberdade pode ser vista por vários ângulos, como a liberdade religiosa, política, sexual, artística, etc. De acordo com o dicionário Escolar de Filosofia (2016), a definição filosófica de liberdade, possui os seguintes significados:

Liberdade:

Noção central na filosofia política, que pode ser entendida em dois sentidos. A liberdade negativa consiste na ausência de coerção. Neste sentido, um indivíduo é livre desde que ninguém o force a agir ou o proíba de agir de certa maneira. A liberdade positiva consiste num controle efetivo da própria

vida. Um alcoólico, por exemplo, tem liberdade negativa caso ninguém o obrigue a beber, mas ainda assim não tem liberdade positiva. Isaiah Berlin (1909-1997), que introduziu esta distinção no artigo “Dois Conceitos de Liberdade”, defendeu que o conceito positivo de liberdade é politicamente perigoso, pois autoriza interferências indevidas do estado na vida dos indivíduos. Um problema fundamental da filosofia política, aliás, é determinar em que medida é aceitável o estado limitar a liberdade (negativa) dos cidadãos. E um dos aspectos importantes deste problema é o da justificação do castigo: por que pode o estado castigar os cidadãos privando-os da sua liberdade? Não se deve confundir estas questões políticas com o problema metafísico do livre-arbítrio.

Percebe-se que há muitos significados pertencentes ao campo da filosofia para a palavra liberdade, o que pode confundir a compreensão acerca do tema.

Voltando o significado de liberdade para o campo jurídico, o Dicionário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas dá o seguinte conceito:

LIBERDADE. S.f (*Lat. Libertas*) Faculdade que tem cada um de agir em obediência apenas a sua vontade. OBS. Esse conceito lato sofre restrições no estágio do homem coletivizado, sendo peculiar tão somente ao estágio da horda.

O conceito mencionado acima é geral, deixando lacunas para diversas interpretações, como a aceção do que é certo ou errado para cada pessoa, que exerce a sua liberdade de escolha.

Entretanto, a liberdade de agir não permite interpretações mais extensivas, pois há limites impostos para essas ações.

Para José Afonso da Silva (2003, p. 232) liberdade significa:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. (...) vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: Liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.

Nada mais é que a liberdade de escolha exercida diariamente por todas as pessoas, desde o momento que acordam até o momento que adormecem, e assim, através dessa liberdade, é que se pode atingir a felicidade, conceito pessoal e abstrato.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 263), a respeito das liberdades positivadas em nossa Constituição, explica:

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

Assim, pode-se extrair que a legislação pátria tutela variadas liberdades, a fim de garantir proteção a esse direito personalíssimo, em todas as suas manifestações.

1.4.6 Direito à liberdade de pensamento

A proteção à liberdade de pensamento está presente no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, e possui um *status* de direito fundamental. Além desse dispositivo, existe na mesma Carta Magna, mais especificamente no art. 220, preceitos relacionados à liberdade de pensamento, confere-se:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição.

Todas as pessoas desenvolvem pensamentos, ideias, e convicções que são expostos aos demais na convivência corriqueira do dia a dia, como forma natural de sociabilidade, seja de modo pessoal ou profissional.

Essa produção de opiniões sobre todo e qualquer tema, é o pleno exercício da liberdade de pensamento, através da expressão de sua singularidade como indivíduo, que faz um juízo de valor a partir das suas vivências.

O pensamento é um elemento subjetivo, que varia de pessoa para pessoa, conforme a sua saúde e o seu discernimento mental e diretamente ligado à sua esfera íntima, que encontra limites no próprio emitente do pensamento, que pode desejar exterioriza-lo através da fala ou da escrita, por exemplo.

A Constituição brasileira garante a todos os cidadãos a livre manifestação de pensamento, vedando apenas, o anonimato, expressamente mencionado no art. 5º, inciso IV.

Entretanto, o direito à liberdade pode encontrar limites em outros direitos da personalidade, como à intimidade e a privacidade. Esse encontro pode ser justificado pelos mais diversos direitos englobados na mesma Constituição, que tutelam interesses distintos, e assim, inevitavelmente coexistem.

Os limites do exercício desses direitos fundamentais, será melhor tratado no terceiro capítulo do presente trabalho.

1.5 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro confere proteção aos direitos personalíssimos em diversos dispositivos, com variados enfoques.

Em síntese, essa proteção pode ser dar de forma:

- **Preventiva:** Através de ação cautelar ou ordinária com multa cominatória, com o fito de evitar que a ofensa aos direitos da personalidade se concretize.
- **Repressiva:** Aqui a lesão já foi consumada, e assim gera uma sanção civil ou penal.

O Código Civil de 2002 legitimou as duas formas mencionadas acima, por meio do art. 12:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Na Constituição Federal, os direitos personalíssimos são garantidos pelo art. 5º, incisos, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII.

Por fim, é importante assinalar que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José de Costa Rica, estabelece no âmbito internacional, que os Estados que o aderiram, respeitem e garantam os direitos da personalidade.

Portanto, constata-se que o diploma civil brasileiro, dentre outras normas positivadas no ordenamento jurídico, estão em total consonância com essa diretriz internacional, assim como a jurisprudência, que será exposta no conteúdo do capítulo seguinte.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1 ORIGEM

O direito ao esquecimento ou o direito de ser esquecido, contrapondo o pensamento de muitos, não é um instituto novo, conforme corrobora o texto do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, o qual será analisado em oportunidade posterior. Sua origem é obtida a partir do direito penal, na qual a noção era de que até mesmo o sujeito que cometeu um crime, tem o direito de após o decurso de algum tempo, ver as consequências penais do seu ato serem cessadas, com o fito de reinserção na sociedade.

Porém, esse instituto passou a ganhar destaque na sociedade globalizada, com o advento da internet e a crescente necessidade pelo imediato consumo de informação e de publicidade.

2.2 CONCEITO

Como ocorre com qualquer assunto da contemporaneidade, o direito ao esquecimento ou o direito de estar só¹³, como é chamado no ordenamento norte-americano, ainda não possui um conceito estático, uma vez que vêm ganhando forma aos poucos, por meio de pesquisas, debates jurídicos, produções acadêmicas, ou seja, encontra-se em fase de pleno desenvolvimento. Contudo, existem algumas definições já reconhecidas e utilizadas, como o conceito criado por Fonteles (2016, p.83-84), abaixo transcrito:

Reputa-se direito ao esquecimento a garantia de que os fatos desabonadores de uma biografia não devem ser perenizados, sob pena de eternizar-se o escárnio na memória coletiva e, com isso, inibir o progresso da pessoa a quem se atribui a desonra. Cuida-se, pois, do direito de não se penitenciar pelos erros mais remotos da vida. Em suma, de ver esquecidos os equívocos, infelicidades, tragédias, humilhações, crimes, escândalos, vexames, constrangimentos ou simplesmente escolhas que, dadas as circunstâncias atuais, não mais seriam realizadas.

Nessa perspectiva, o Des. Eugênio Facchini Neto (2017) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em decisão de Agravo de Instrumento, proferiu o seguinte entendimento:

O "direito ao esquecimento" (*right to be forgotten*; *droit à l'oubli*; *diritto all'oblio*; *derecho al olvido*; *recht auf vergessenwerden*) é um direito autônomo de personalidade através do qual o indivíduo pode excluir, deletar ou impedir a circulação de informações a seu respeito, quando

¹³ *the right to be left alone.*

tenha passado um período razoável de tempo desde a coleta das informações, e desde que não tenham mais utilidade pública ou social ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística.

Observa-se que na primeira definição, existem alguns elementos básicos que servem para identificar o direito ao esquecimento, como a procura pela não perenização de fatos passados, que trouxeram desabonos à honra do indivíduo.

Assim, trata-se de um direito que possui como objetivo obstar que fatos ocorridos no passado do indivíduo sejam veiculados após um determinado período de tempo.

Segundo Cécile Terwangne (2012, p.54), o direito ao esquecimento “é aquele direito das pessoas físicas de fazer que a informação sobre elas seja borrada depois de um período de tempo determinado”.

Nesse mesmo sentido, expõe Martinez (2014, p. 80):

[...] O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter a sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Entretanto, Costa (2013, p. 197) conceitua o direito ao esquecimento como “o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, sendo conferido à pessoa revelar-se tal qual ela é atualmente, em sua realidade existencial e coexistencial.”

Para complementar o conceito acima trazido, Martinez (2014, p. 81), dispõe que:

O direito ao esquecimento não se relaciona apenas com a possibilidade de estar só, mas caracteriza-se pela vedação de se obrigar um indivíduo a conviver com pedaços de seu passado trazidos, imprudentemente, por atores sociais interessados apenas na exploração de fatos já consolidados e depositados no fundo da memória e do tempo, sem que haja qualquer motivo de fato razoável para divulgação da informação.

A partir desse cenário contemporâneo, onde a informação é um elemento essencial e coexiste com a liberdade individual, não se pode deixar de lado os valores inerentes e fundamentais, como é o caso da dignidade da pessoa humana.

Assim, com a compreensão dessa necessidade de preservação dos direitos fundamentais, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Eliana Calmon (Especial Rádio STJ, 2013), expressa:

O homem do século XXI tem como um dos maiores problemas a quebra da sua privacidade. Hoje é difícil nós termos privacidade. Por quê? Porque a sociedade moderna nos impõe uma vigilância constante. Isto faz parte da vida moderna. Agora, esse século XXI trabalha e tem dificuldade de

estabelecer quais são os limites dessa privacidade. Até quando eu posso me manter com a privacidade sobre o meu agir, sobre os meus dados, e até que ponto esta privacidade termina por prejudicar a coletividade.

Costa e Miniuci (2017, p. 419) lecionam sobre a falta de previsão legal do instituto do direito ao esquecimento:

A construção de regras gerais a partir de uma casuística judicial não é das tarefas mais fáceis, sobretudo em uma tradição jurídica distante do common law. No Brasil o “direito ao esquecimento” não é estabelecido diretamente por meio de legislação e, portanto, ainda não superou o status de criatura jurisprudencial e doutrinária. Trata-se, portanto, de figura em construção, cujo primeiro estacamento parece ter sido lançado sobre terreno movediço.

Com fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana, firmada pela Constituição Federal de 1988, o direito ao esquecimento vem aparecendo no ambiente jurídico, como comprova a VI Jornada de Direito Civil (2013), mais especificamente no Enunciado 531 do Conselho de Justiça Federal, que diz:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. Referência Legislativa: Art. 11 Lei n. 10.406/2002.

Assinala-se que o enunciado colacionado acima discute como os fatos pretéritos da vida de alguém serão lembrados, garantindo proteção aos direitos fundamentais, como será explanado no próximo tópico.

Desse modo, o direito ao esquecimento surge como um importante mecanismo para resguardar a memória individual do sujeito e evitar que haja superexposição, atuando como um instituto limitador do direito à informação e da liberdade de expressão.

Para se falar sobre o direito de ser esquecido, é relevante explicar o conceito biológico de memória, e a necessidade que os seres humanos possuem de esquecer. Assim, Izquierdo (1989, p.95), ensina que “a formação de uma memória depois de um determinado evento ou experiência, sua resistência a extinção, à interferência e ao esquecimento, depende destes quatro fatores: seleção, consolidação, incorporação de mais informação, formação de registros ou ‘files’.”

Aproveitando-se do viés biológico, Martinez (2014, p. 60), declara que:

A memória é o mecanismo pelo qual o indivíduo assimila a informação vivida e se contextualiza no meio social, desenvolvendo sua individualidade através da experiência. A memória possibilita a conservação do passado por meio de imagens ou representações que podem ser evocadas em qualquer situação, a qualquer tempo.

Isto posto, observa-se que o esquecimento é um elemento fundamental da memória humana, pois conforme esclarece Martinez (2014, p.62), “possibilita que o ser humano selecione as informações ininterruptamente recebidas pelo cérebro, preservando somente aquelas memórias que o indivíduo considerar como úteis, necessárias ou significativas.”

Destarte, o esquecimento faz parte da formação de memórias, dado que ao eliminar determinadas memórias, outras poderão ser armazenadas. Outrossim, o esquecimento simboliza um equilíbrio, permitindo ao indivíduo construir novas memórias e abandonar os fatos pretéritos.

2.3 ENUNCIADO 531 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

No Brasil, a fim de acompanhar outros países nessa temática, o assunto recebeu visibilidade após o Enunciado 531 do Conselho de Justiça Federal, que o identificou como um direito da personalidade, conforme mencionado anteriormente. Em seguida, ganhou ainda mais evidência após o Superior Tribunal de Justiça o aplicar em dois julgados (REsp 1.335.153 – RJ e REsp 1.334.097 – RJ), que foram as decisões mais importantes no reconhecimento do direito de ser esquecido pelos tribunais brasileiros e que serão analisadas com mais afinco posteriormente.

O precedente gerado pelos dois julgados mencionados acima, nas palavras do professor João dos Passos Martins Neto (2014, p.811), é no sentido de que, “o direito ao esquecimento é concebido assim, em última análise, como o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre eventos pretéritos de caráter público.”

Contudo, em 2009 esse direito já havia sido colocado em pauta, pela 2ª Turma Recursal de Belo Horizonte, onde os julgadores assimilaram que “uma verdade mantida no ar por muito tempo pode tornar-se ilícita”. Apesar de ainda não ser nomeado como direito ao esquecimento, nesse julgado foi o dado o primeiro traço do que ele é atualmente.

No Enunciado citado acima, lê-se (CJF, 2013, p. 1): “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”; o que significa que as normas que conferem proteção a alguns direitos personalíssimos, como a imagem e a honra,

também se aplica nas informações particulares pretéritas, pertencentes a seara privada do indivíduo.

Ainda na compreensão dos juristas, a justificativa se dá pelo hiperinformacionismo¹⁴ atual, que se encontra permeado de novas tecnologias, onde nada é esquecido e tudo está ao alcance de todos a qualquer tempo.

Na elaboração do Enunciado pelo Conselho da Justiça Federal, considerou-se a área das condenações criminais como berço do direito ao esquecimento, partindo da ideia de que cidadãos que cumpriram pena por algum ilícito praticado não podem ser punidos por tempo indeterminado, caso contrário, haveria grave ofensa ao art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal, que veda o cumprimento de penas perpétuas. Assim, torna-se uma importante contribuição para a ressocialização do ex- detento.

Desse modo, à primeira vista, o objetivo do Enunciado é de proteger a intimidade do indivíduo e dar a ele a autonomia de escolher o que deseja que saibam sobre si mesmo. Isto é, a informação, ainda que divulgada pela própria pessoa na *internet*, por exemplo, continua pertencendo a esfera íntima mesmo com o decorrer do tempo e pode ser retirada de circulação a qualquer momento, caso seja do interesse da pessoa a qual essa informação pertence.

Em contrapartida, o desembargador federal Rogério de Meneses Fialho Moreira, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em entrevista disponibilizada na revista “Brasília em Dia”, revelou que a principal pretensão é a tutela da intimidade, sem a possibilidade de exclusão da mídia ou de outros meios, notícias que possuam interesse público, confere-se as suas palavras:

No campo criminal, a reabilitação apaga completamente os efeitos do crime cometido. Mas no mundo dos fatos, não se pode negar que o evento ocorreu. Quando o crime foi de repercussão midiática, ainda mais difícil se torna a solução. Muitas vezes o fato ganha repercussão de tal monta que se torna parte da história ou ainda inspira produção literária e cinematográfica. Os provedores de pesquisa na internet poderiam, por exemplo, bloquear a menção ao nome de Ronald Biggs quando a busca demanda a frase “assalto ao trem pagador”? O nome do coronel Ubiratan Guimarães, que restou absolvido e hoje é falecido, poderia ser suprimido das matérias jornalísticas a respeito do julgamento, dias atrás, de outros policiais pelo chamado “massacre do Carandiru”? Os réus condenados na ação principal atinente ao furto ao Banco Central, em Fortaleza, após dois anos do cumprimento da pena, poderiam pleitear a retirada de seus nomes de toda a sociedade da informação, quando até mesmo um filme com atores consagrados nacionalmente foi feito a respeito do episódio? A resposta, evidentemente, seria negativa. Nessas hipóteses, o direito à informação e à preservação da história deve ter a primazia em relação ao resguardo da imagem dos

¹⁴ Massa de informações sobre tudo e sobre todos.

envolvidos, pois não se trata de fatos atinentes à privacidade ou à vida íntima (MOREIRA, 2013).

Em resumo, o desembargador expressou que o direito à informação predomina em relação ao direito à imagem das pessoas envolvidas em determinado acontecimento de grande relevância, porque há o interesse público. De acordo com esse entendimento, o direito ao esquecimento só seria aplicado em relação a fatos ligados essencialmente à vida privada.

Outrossim, segundo o entendimento do desembargador, o Enunciado não pode ser aplicado de forma genérica (MOREIRA, 2013), “o resguardo à privacidade não pode apagar a história nem pode tolher o direito da imprensa de divulgar, de modo contextualizado, fatos relevantes e de interesse público”.

No que tange a informação de caráter público, o Ministro Luis Felipe Salomão (Jornada de Direito Civil, 2013), afirma que se ainda existir o interesse público, não há que se falar em direito ao esquecimento, sendo assim é lícita a divulgação daquela notícia, como no caso de “crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável”.

Contudo, se não houver o caráter público na informação, o indivíduo pode se utilizar do direito de ser esquecido no ambiente virtual. Esse entendimento é ratificado pela lição do Ministro Gilmar Mendes (2017, p. 374), confere-se:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram a penitenciária.

Portanto, entende-se que o indivíduo não pode ter a sua vida e a sua intimidade postas à mercê da imprensa e das novas tecnologias, que a qualquer momento podem trazer à tona fatos ocorridos no passado, que pertencem unicamente à esfera privada de cada pessoa, e que caso veiculados, podem acarretar diversos prejuízos físicos, morais e psíquicos.

Em contraposição, pondera Greco (2013, p. 761):

Não somente a divulgação de fatos inéditos pode atingir o direito de intimidade das pessoas. Muitas vezes, mesmo os fatos já conhecidos publicamente, se reiteradamente divulgados, ou se voltarem a ser divulgados, relembrando acontecimentos passados, podem ferir o direito à intimidade. Fala-se, nesses casos, no chamado direito ao esquecimento.

Nesse sentido, nota-se a necessidade da tutela da privacidade, objetivando não divulgar os fatos pertencentes à intimidade do indivíduo, e que assim devem continuar no âmbito privado. Esses casos permitem que a proteção aos direitos da personalidade aja de maneira mais rigorosa, permitindo a aplicação do direito ao esquecimento.

É importante ressaltar que o direito ao esquecimento ainda está sendo construído pouco a pouco na doutrina e legislação nacional, e que o seu susposto confronto com a liberdade de expressão e o direito à informação possui algumas considerações por parte dos seus defensores e também por parte dos seus críticos, como será verificado no último capítulo do presente estudo.

Compactuando com essa compreensão de estabelecer balizas e limites para esse novo direito, é relevante transcrever as palavras de Joana de Souza Sierra (2013):

Apesar de já aplicarmos o “Direito ao Esquecimento” nos casos brasileiros, ainda há que se determinar a sua amplitude, ou discutir a necessidade de sua existência, para que não haja arbitrariedades, bem como há que se definir formas de garantir sua efetividade, caso se decida por sua legítima aplicação, especialmente no que concerne à internet e a sociedade da informação, motivos pelos quais ele foi criado.

Conforme mencionado acima, observa-se a necessidade de apurar o direito ao esquecimento na ordem jurídica brasileira, para que o mesmo possua efetividade nos casos concretos.

2.4 REsp n. 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ – SÍNTESE ACERCA DAS PRINCIPAIS DECISÕES DO STJ

Consoante elucidado no tópico anterior, o direito ao esquecimento passou a ser aplicado pelos tribunais brasileiros há pouco tempo, em decorrência da inquietude gerada pela evolução tecnológica e pela chegada das redes sociais, onde as informações íntimas ganharam um alcance de exposição muito mais elevado, se comparado há décadas atrás.

Partindo dessa compreensão, baseada no texto do Enunciado 531 da CJF e nas normas constitucionais que tutelam o princípio da dignidade da pessoa humana que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por decisão de maioria, em 2013 utilizou o Direito ao Esquecimento em dois casos semelhantes, com decisões distintas, sendo o Ministro Luis Felipe Salomão o relator de ambas, Recursos Especiais n. 1.334.097/RJ e 1.335.153/RJ, que no presente trabalho, merecem apreciação.

As decisões mencionadas acima são referentes aos casos da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, os quais foram interpostos com o fito de invocar o direito de ser esquecido, também conhecido como o “direito de ser deixado em paz”, e a condenar os réus pela violação aos direitos da personalidade. A ascensão ao STJ se deu pela relevância da matéria, e

inovação na ordem jurídica a partir de uma nova tese, no sentido de que até então o tema não havia sido discutido amplamente nos tribunais brasileiros.

O evento do qual originou o Resp 1.334.097/RJ, ganhou grande repercussão nacional, devido à execução de oito adolescentes, sucedida em 23 de julho de 1993 no município do Rio de Janeiro, especificamente na Igreja de Nossa Senhora da Candelária, por um grupo de policiais militares com a suposta participação de um serralheiro, acusado de ser partícipe do crime, que mais tarde fora absolvido pelo tribunal.

O serralheiro em questão propôs ação contra a empresa Globo Comunicações e Participações S/A, responsável pela produção e veiculação do programa “Linha Direta-Justiça”, por transmitir o episódio da chacina indicando-o como uma peça chave do crime, mesmo após a sua absolvição.

Segundo o autor da ação, a veiculação do episódio expondo o seu suposto envolvimento reacendeu um acontecimento que já havia sido esquecido, trazendo à comunidade onde vive a ideia de “chacinador”, o que atingiu o seu direito ao anonimato, à privacidade e à paz (STJ, 2013a, p. 1).

Em sede de primeiro grau, o foro da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, julgou improcedente o pedido do autor, alegando o confronto entre a liberdade de imprensa e o direito à informação, devido ao caráter público da notícia, os quais “superaram” o direito de ser deixado em paz e o direito ao anonimato.

Além disso, reconheceu-se que a empresa Globo Comunicações e Participações S/A não agiu com a intenção de causar dano aos direitos personalíssimos do autor da ação, dado que exibiu precisamente o acontecimento, não deixando sobejar dúvidas acerca da absolvição do autor, que exerceu papel fundamental na investigação policial, que culminou com a sua acusação.

No entanto, em recurso de apelação (TJ/RJ, 2008), reformou-se a sentença, com relatoria do desembargador Eduardo Gusmão Alves Brito Neto, que ensejou a condenação da empresa Apelada ao pagamento da quantia cinquenta mil reais à época, devido à configuração de dano moral, preponderando-se que a história poderia ter sido retratada de modo que não fizesse menção ao nome do Apelante, que integrou o ocorrido de maneira subsidiária e, após o fato, teria atingido o anonimato.

Nas palavras do Relator:

No âmbito da Constituição encontra-se um claro sinal no sentido de se preservar os interesses individuais do cidadão, porquanto está no art. 221 da Carta que a programação das emissoras deve atender ao respeito aos valores éticos sociais da pessoa e da família. Porque longe de acolher a prevalência

constante do interesse coletivo sobre o particular, preocupa-se a Constituição em preservar o indivíduo, dotando-lhe de uma esfera mínima de proteção capaz de assegurar sua felicidade, objeto legítimo de desejo por todos e nesta qualidade protegidos pelo Estado (TJ/RJ, 2008, p. 5).

Mais uma vez, os julgadores perceberam a necessidade de ponderar a dicotomia entre os direitos de ser esquecido e de ser informado, ambos garantidos constitucionalmente. O direito de ser esquecido, segundo o tribunal, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, norteador da Constituição Federal de 1988.

O voto contrário veio do desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo, argumentando que o acontecimento era parte da história nacional e que deveria ser retratado a população por inteiro e não pela metade.

Em sequência, foram opostos embargos infringentes devido ao acórdão não unânime proferido no recurso de Apelação. Contudo, o entendimento do tribunal foi mantido, no sentido de que a imagem do embargado poderia ter sido desfigurada eletronicamente, e utilizado um pseudônimo em substituição ao nome, o que não macularia a liberdade de expressão, nem mesmo o direito à informação e, dessa forma, não constituiria ofensa ao direito de ser deixado em paz.

A Globo Comunicações e Participações S/A irresignada interpôs Recurso Especial, no qual alegou ausência de ilicitude e, conseqüentemente, inexistência do dever de indenizar, justificando que não ocorreu lesão a intimidade e privacidade do recorrido, visto que os fatos veiculados já eram de domínio público, faziam parte da história do evento e assim a emissora restringiu-se a divulgá-los da forma com que ocorreram, inclusive indicando a inocência dos investigados.

Percebe-se que os argumentos trazidos pela defesa, foram todos no sentido de que o reconhecimento do direito ao esquecimento no caso, atentaria à liberdade de expressão e ao direito de informação, simbolizando uma supressão da história em forma de censura.

Argumentos esses, que não mereceram prosperar, pois como bem asseverado no acórdão analisado, a imagem do recorrido poderia ter sido modificada, assim como o seu nome, o que não causaria um desvio da história, nem mesmo limitaria o direito à informação.

O Ministro Luis Felipe Salomão (STJ, 2013a, p. 13), em seu voto, admitiu que estava diante de um conflito entre liberdade de expressão/informação e os direitos da personalidade, que é consequência da opção constitucional de tutelar diversos interesses conflitantes:

Na verdade, o mencionado conflito é mesmo imanente à própria opção constitucional pela proteção de valores quase sempre antagônicos, os quais, em última análise, representam, de um lado, o legítimo interesse de "querer ocultar-se" e, de outro, o não menos legítimo interesse de se "fazer revelar".

Segundo o entendimento do Ministro, a problemática estaria na ausência de atualidade da notícia, que no momento atual, devido ao progresso da internet e dos meios de comunicação, acarreta em danos mais graves ao noticiado. Ainda, aproveitando-se da oportunidade, relembrou os precedentes da União Europeia, alusivos à proteção da privacidade e da liberdade nos meios digitais, objetivando introduzir o direito ao esquecimento dos usuários da rede mundial de computadores em suas diretivas.

De acordo com a decisão examinada, a personalidade do autor foi lesada no momento em que teve seu nome e sua imagem expostos ao público, sem a sua anuência, trazendo à baila uma informação que a sociedade já havia superado e esquecido, conforme as palavras do próprio relator (STJ, 2013, p. 18):

[...] mais grave que a venda ou a entrega graciosa da privacidade à arena pública [como ocorre quando da disponibilização a público, pelo próprio indivíduo, de suas informações pessoais], como uma nova mercadoria para o consumo da coletividade, é sua expropriação contra a vontade do titular do direito, por vezes um anônimo que pretende assim permanecer.

Assim, é possível notar a preocupação com a concordância do indivíduo que pretende-se noticiar, pois como no caso em tela, o mesmo buscava se manter no anonimato.

Desse modo, em seu voto o ministro deixou evidente que a liberdade de imprensa deve respeitar alguns limites estabelecidos, os quais não devem ser transpostos sustentando-se no cenário atual, onde há uma inversão de valores, provavelmente causada pelo intenso uso da tecnologia, que acaba invadindo o âmbito privado do indivíduo e deturpando muitos dos direitos já assegurados.

A medida que a Constituição Federal protege as liberdades, ela também estabelece balizas que as limitam, como a inviolabilidade da privacidade, a proteção à imagem, a honra, o segredo, da mesma maneira que determina as empresas de rádio e televisão, o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, conforme disposto no art. 221, IV, da Constituição Federal¹⁵.

Em consonância com essa percepção, Alexandre de Moraes (2004, p. 252), ao fazer uma análise das normas constitucionais brasileiras, entende que a proteção ao direito de informação não é absoluta, pois ela encontra como fronteira a intimidade das pessoas que, para serem expostas, se necessita do interesse público. Dessa forma, a tutela constitucional

¹⁵ **Art. 221.** A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

conferida à informação não prospera quando se depara com informações eminentemente privadas, ou falsas, conforme o ensinamento do autor, (2004, p. 252):

A Constituição Federal não protege as informações levianamente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se à tutela de condutas ilícitas.

Numa visão sistêmica da dignidade da pessoa humana, engloba-se o “direito de ser deixado em paz” em relação aos acontecimentos passados, mesmo que esses acontecimentos sejam de cunho público, considerando que o indivíduo atingido pela notícia se encontrava no anonimato antes dos fatos e que ao anonimato teria voltado. É claro que o direito ao esquecimento merece reconhecimento, ainda que vá de encontro com a liberdade de expressão e informação.

Há de se pontuar que na questão dos crimes notórios existe uma exploração midiática, visando a obtenção de lucro com a notícia, onde não raras vezes crimes de menor apelo popular são transformados em grandes manchetes recheadas de “verdades jornalísticas”, o que obsta a investigação dos fatos e, por conseguinte os direitos dos envolvidos. Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento serviria como um medicamento às violações do passado, apesar de atrasado.

Em oposição às ofensas dos direitos personalíssimos, como no caso acima analisado, existem algumas formas de proteção e também de repressão no ordenamento jurídico pátrio, até mesmo com previsão de indenização em virtude da invasão da privacidade do indivíduo.

Observando por esse prisma, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem estabeleceu durante o julgamento do caso *Ovchinnikov* contra João Vale e Azevedo, que dadas as circunstâncias, é possível coibir a veiculação de assuntos de interesse público, quando estes sejam referentes a vida privada. Confere-se:

[...] uma restrição à reprodução da informação que já entrou no domínio público pode ser justificada, por exemplo, para impedir a continuação da divulgação dos detalhes da vida privada de uma pessoa singular que não pertencem ao debate político ou público de uma matéria de importância geral. (JÄÄSKINEN, 2013).

Desse modo, é possível captar que essa restrição atinge as notícias que incidem sobre a privacidade dos sujeitos e são exploradas de maneira inadequada, mesmo que já pertençam ao domínio público.

Assim, de forma correta posicionou-se o Tribunal Superior, aplicando o direito ao esquecimento em detrimento da liberdade de imprensa, apoiando-se no Enunciado 531 da CJF e na ponderação de princípios.

No que se refere ao REsp 1.335.153/RJ, também conhecido nacionalmente como o caso Aída Curi, os irmãos da falecida ingressaram com ação de indenização por danos materiais, morais e à imagem, em face da mesma ré do caso analisado anteriormente, a Globo Comunicações e Participações S/A, devido a emissora ter veiculado a notícia mesmo com a expressa desaprovação da família de Aída.

A fim de que se compreenda os fatos, convém apresentar o contexto do caso. Ocorrido em 1958 no bairro de Copacabana, também na cidade do Rio de Janeiro, Aída Jacob Curi, de dezoito anos, foi vítima de estupro seguido por homicídio, e ainda teve seu corpo atirado de cima da cobertura onde ocorreram as atrocidades. Os crimes foram cometidos por três rapazes que à época pertenciam a chamada “juventude transviada”¹⁶, com a ajuda do porteiro do prédio.

O caso ganhou muita repercussão, pois marcou a história do bairro que até então era considerado tranquilo e pacífico.

A fim de que se compreenda da melhor forma a sucessão dos fatos, colaciona-se as palavras de Denise Pinheiro (2016, p. 53):

Em 29/04/2004, o Programa Linha Direta Justiça narrou o caso e o julgamento. Os irmãos da vítima Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Curi e Maurício Curi propuseram ação indenizatória, alegando que o tempo já havia garantido o esquecimento do crime e a emissora agiu ilicitamente ao resgatar o sofrimento deles com a narração do triste episódio, explorando a imagem da falecida e a tragédia familiar com intuito de lucro, não obstante ter sido notificada extrajudicialmente para não o fazer.

Assim, os autores da ação alegaram que a conduta da empresa ré foi ilícita em veicular a notícia, que gerou o enriquecimento da emissora às custas da tragédia, causando muito sofrimento a família e maculando a imagem de Aída. A arguição de defesa da emissora, foi no mesmo sentido do caso estudado anteriormente.

O Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ julgou improcedentes os pedidos dos autores e, em sede recursal, a sentença foi mantida pelo Tribunal.

A fundamentação da decisão, tanto no primeiro grau quanto a proferida pelo Tribunal, segue o entendimento de que “[...] a matéria jornalística não foi maliciosa nem extrapolou o objetivo de retratar os fatos acontecidos” (TJ/RJ, 2010, p. 1).

No julgamento do recurso de apelação, o relator Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, declarou que a emissora apenas fez a reconstituição do caso, com base nos depoimentos e

¹⁶ Gangues formadas por jovens de classe média da época.

informações buscadas no acervo judiciário. Ademais, aduziu que as informações já eram de domínio público e estavam ao alcance de todos que desejassem acesso.

Nas palavras do Desembargador (TJ/RJ, 2010, p. 4) “O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente”.

A indenização seria devida somente se a notícia possuísse o intuito de denegrir a imagem da pessoa exposta ou danificasse a sua honra, tal como se utilizada com o condão comercial que, de acordo com a aceção do Tribunal não ocorreu nenhuma das hipóteses mencionadas.

Desse modo, a liberdade de expressão foi favorecida em detrimento ao direito de ser deixado em paz, com a justificativa de que a imprensa possui o dever de informar, alertar e promover o debate acerca de casos polêmicos, como o de Aída.

Os aclaratórios foram interpostos, entretanto não obtiveram êxito, assim como o recurso extraordinário.

Por outro lado, o recurso especial fora admitido. Contudo, a sua decisão se assemelhou a decisão proferida no julgamento do recurso da Chacina da Candelária, com a diferença de que no presente caso não coube indenização. Mesmo que o direito ao esquecimento atuasse como ferramenta de proteção dos direitos da personalidade, se sobrepondo à liberdade de expressão e liberdade de imprensa, o dano não foi aferido, pois, nesse caso, os julgadores entenderam que não havia meios de desvincular o nome da vítima da tragédia por ela protagonizada.

Ademais, o relator acrescentou que com o passar do tempo, a dor da perda estaria diminuindo, e que no caso, já haviam se passado mais de cinquenta anos, o que não causaria sofrimento aos irmãos de Aída pela veiculação da matéria jornalística.

Assim, o Desembargador (STJ, 2013, p. 26) destacou alguns motivos para que no caso, o direito ao esquecimento não fosse aplicado. Confere-se:

[...] a recordação de crimes passados pode significar uma análise de como a sociedade e o próprio ser humano - evolui ou regride, especialmente no que concerne ao respeito por valores éticos e humanos, assim também qual foi a resposta dos aparelhos judiciais ao fato, revelando, de certo modo, para onde está caminhando a humanidade e a criminologia.

De todo modo, verifica-se que no caso houve um conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos personalíssimos, como a intimidade e a honra, ambos inseridos na era digital, e que a solução seria baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, que precede sobre todos os outros direitos, pois é norteador de toda a ordem jurídica.

Confere-se trecho do acórdão (STJ, 2013, p.12):

Agora, uma vez mais, o conflito entre liberdade de informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado por outro prisma, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social, ancorada na informação massificada que, diariamente, choca-se com a invocação de novos direitos, hauridos que sejam dos já conhecidos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana.

No caso em tela, através da análise feita pelo STJ, pode-se notar a escolha pela liberdade de imprensa, que predominou diante do desconforto gerado pela notícia para a família da vítima.

Assim, a solução foi obtida novamente através da ponderação, que diante dos fatos examinados, constatou que o direito ao esquecimento não se apresentava como uma ferramenta que pudesse frear a mídia em uma nova exploração da história, pois quando o crime ocorreu, o mesmo foi bastante divulgado nos jornais de todo o país, de forma lícita. Do mesmo modo, a partir da ponderação chegou-se à conclusão de que atribuindo indenização ao caso, estaria ferindo a liberdade de imprensa.

No tocante ao uso indevido da imagem e a ocorrência da sumula n. 403¹⁷ do mesmo Tribunal, foi assentado que a divulgação da imagem sem o consentimento do indivíduo, não será imperiosamente ilícita, que é o caso de imagem publicada de maneira respeitosa ou sem o escopo de lucro. Partindo dessa compreensão, concluiu-se que a imagem de Aída não foi divulgada com o intuito de atrair audiência, já que foi exibida apenas uma fotografia, clarificando que o objetivo do programa era de retratar o crime em si. Ademais, em boa parte do tempo, foram contratados atores para realizar a dramatização do evento.

Nessa ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana é o berço para a criação do direito ao esquecimento, a fim de garantir proteção a intimidade e a vida privada. Segundo a compreensão dos julgadores, o cerne da questão, que traz muita preocupação, é a complacência com as investidas na vida privada dos indivíduos, tratando o desejo de intimidade como um capricho, evidente sinal de atraso e retrocesso.

Esse anseio é partilhado por Paulo José da Costa Júnior (2007, p. 16) quando observa a permissividade com que estamos tratando a invasão das esferas personalíssimas da vida dos indivíduos. Na concepção dele, a sociedade hiperinformacionista que estamos inseridos vem

¹⁷ STJ – Súmula n. 403: Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

ameaçando a existência da vida privada e da intimidade, sem que haja uma mobilização equivalente de resistência ou a esse risco.

A objeção aparenta vir na criação desse novo direito, recortado de princípios constitucionais e direitos fundamentais, que impõe balizas ao direito de informação e a liberdade de imprensa. Conforme a análise feita através dos casos expostos, nota-se a presença de um elemento novo nas decisões, que é o tempo em que a informação permaneceu esquecida, isto é, se as informações não forem mais novas, e se sobre elas já estiver recaído o esquecimento. A veiculação da notícia não é mais legítima, contanto que se faça uma análise do caso concreto e por meio da ponderação seja sinalizado esse caminho.

Assim, os julgadores designam direções para a atualidade com base na ponderação de princípios, da mesma maneira que a vítima também contribui para o desenvolvimento desse direito, ao passo que busca no poder judiciário a proteção para os seus atributos mais essenciais, aqueles inerentes à própria pessoa.

2.5 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO INTERNACIONAL

No cenário internacional a matéria é tratada pelo mesmo prisma utilizado nos casos brasileiros, enxergando o direito ao esquecimento como uma ferramenta de preservação da intimidade e da vida privada, ainda como uma forma de reinserção do indivíduo na sociedade. Apesar da legislação brasileira ser omissa no que diz respeito ao direito de ser esquecido, os julgadores se utilizam dos precedentes gerados em outros países, como será verificado no presente tópico.

Admite-se que o direito de ser deixado em paz teria surgido durante a apreciação do caso *Melvin vs. Reid*, que ocorreu em 1931 na Corte de Apelação da Califórnia. O conteúdo do caso tratava da vida de Gabrielle Darley, que no passado fora prostituta e havia sido acusada de homicídio em 1918. Contudo, reconheceu-se a sua inocência no julgamento. Tempos depois, Gabrielle já havia formado uma família com Bernard Melvin e construído uma nova vida, de modo que o seu círculo social ou desconhecia seu passado ou o ignorava.

Entretanto, tudo mudou quando exibiu-se o filme intitulado como *Red Kimono*, produzido por Doroty Davenport Reid, onde os fatos da vida de Gabrielle eram narrados de forma detalhada e expostos a todo o público, sem a sua anuência e autorização. A exibição do filme trouxe vários danos à Gabrielle, que ajuizou quatro ações contra Reid e os demais responsáveis pela produção do filme. A primeira ação visava o direito à privacidade, que

ainda estava em fase inicial nos Estados Unidos e nos demais países do mundo, e as outras versavam sobre o direito de propriedade à vida, o nome e o direito à imagem.

No julgamento, apesar de a Corte de Apelação do Estado da Califórnia não reconhecer de forma taxativa o direito à privacidade de Gabrielle, apreciou a demanda a seu favor, atribuindo como seu direito o de procurar e conquistar a felicidade (Declaração de Direitos da Virgínia, 1776, art. 1º) tornando ilícita a conduta dos produtores do filme que adentraram na vida privada de Gabrielle e a divulgaram, bem como utilizaram-se do seu nome real (EUA, 1931, p. 3).

Ainda, os julgadores afirmaram que somente a divulgação do evento relacionado ao homicídio, tal como o reconhecimento da sua inocência, não ensejariam à Gabrielle o direito de ajuizar a ação, pois os dados estavam abertos para a consulta de todos. Prosseguem (EUA, 1931, p. 4):

O próprio fato de eles [os incidentes] estarem contidos em um registro público é suficiente para negar a ideia de que a sua publicação seria uma violação do direito à privacidade. Quando os incidentes de uma vida são tão públicos a ponto de serem postos em publicidade, eles passam ao conhecimento e à posse do público e deixam de ser privados. Se os apelados, na história do “The Red Kimono” tivessem se limitado ao uso dos incidentes da vida da apelante que faziam parte do registro do julgamento, o direito à ação não teria emergido.

Nesse sentido, entenderam também que era possível alterar o nome da protagonista, a fim de evitar os danos à sua honra e imagem, sendo esse, um dos motivos que levaram à condenação.

Aqui pode-se estabelecer uma relação com os julgamentos dos casos brasileiros, ambas as Cortes entenderam ser dispensável a utilização do nome real da vítima. A diferença de entendimento entre o tribunal norte americano e o tribunal brasileiro, reside no fato de que para o primeiro o foco dado foi na questão da busca pela felicidade e na publicidade dos dados utilizados. Já o tribunal brasileiro optou por dar relevância ao fato de a notícia veiculada possuir ou não atualidade, bem como na extensão do dano causado pela sua divulgação.

Percebe-se também que a forma que os tribunais fundamentaram o direito de ser esquecido é distinta, enquanto o tribunal americano preferiu balizar a abrangência do direito do indivíduo de buscar a felicidade, o tribunal brasileiro escolheu realizar a ponderação entre dois direitos garantidos constitucionalmente. Pertinente mencionar que o presente trabalho concorda com o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Avançando na explanação dos precedentes internacionais acerca do direito ao esquecimento, encontra-se o notório caso alemão Lebach, citado inclusive nos acórdãos proferidos pelo STJ, e que será apresentado através das palavras de Robert Alexy (2011. p. 99 -100):

Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição Alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.

Nas primeiras instâncias o documentário teve a exibição autorizada pelo Tribunal Estadual e pelo Tribunal Superior Estadual. Contudo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reformou a decisão e considerou que o confronto gerado entre os direitos da personalidade e a liberdade de informar, *in casu*, deveria prevalecer a proteção dos direitos personalíssimos, com base na regra da proporcionalidade e no direito garantido pela Constituição Alemã de “desenvolver a personalidade”¹⁸. Assim, o documentário teve a sua exibição proibida.

A fundamentação usada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão foi no sentido de que a imprensa não pode eternamente se ocupar dos acontecimentos da vida privada do condenado, além da atualidade do fato, quando se possa identificar um prejuízo à sua reputação na sociedade e ao seu direito de a ela se reintegrar. (SCHWAB, 2006)

Dessa forma, é possível concluir que através da técnica da ponderação, os julgadores entenderam que se o nome da vítima fosse preservado, estaria se respeitando o direito de ser deixado em paz, delimitando o alcance da liberdade de imprensa.

Ainda, aproveitando-se do caso Lebach, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p.325), ensinam:

A celebridade do passado nem sempre será objetivo legítimo de incursões da imprensa. Algumas pessoas de renome voltam, adiante, espontaneamente, ao recolhimento da vida de cidadão comum – opção que deve ser, em princípio, respeitada pelos órgãos de informação. Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por

¹⁸ Lei Fundamental Alemã de 1949. O direito alemão tem como foco três aspectos: autodeterminação, autopreservação e autoapresentação (autodeterminação informativa).

exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária.

Os autores mencionados acima asseveram em suma que o conflito existente entre o direito de ser deixado em paz e a liberdade de informação deve ser analisado no caso concreto, levando em consideração peculiaridades como o interesse público, os danos que o informe pode provocar ao indivíduo, a qualidade da notícia produzida, para então concluir se o assunto deve ou não ser veiculado.

Já Daniel Bucar (2013, p.3) trata o direito ao esquecimento como uma forma de controlar os dados no tempo. Para o autor, essa tese decorrente da proteção à privacidade deve ser revisada e atualizada, pois acabou distanciando-se do direito de estar só.

François Ost (2005, p. 153), ao fazer uma análise sobre a temática, chega a mesma constatação dos outros autores mencionados acima, de que o direito ao esquecimento está ligado a proteção da privacidade, e reconhece que se trata de uma ferramenta útil na busca pela pacificação. Confere-se as palavras do autor (2005, p. 161):

Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes é preciso dizer, uma atualidade penal -, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

Contudo, Ost (2005, p.161-162), faz um alerta para que se tenha cautela com o falso esquecimento e com o esquecimento recalque. O primeiro trata sobre uma imposição de fatos inventados, passando-se por verídicos, a fim de conferir legitimidade a um regime ou ideologia. No que tange ao esquecimento recalque, nada mais é que a busca por um desmemoriado coletivo que visa o desaparecimento do sofrimento trazido pelos vencedores aos vencidos e às vítimas de guerras e de “conquistas”, suprimindo-se assim, os crimes contra a humanidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2015), fala sobre o direito ao esquecimento no ambiente virtual¹⁹:

Com efeito, na Internet tudo é mais facilmente transmitido e, portanto, mais difícil de ser esquecido, pelo menos no sentido de as informações serem mais fácil e rapidamente localizadas por todos que acessam a rede. Nesse contexto, além da questão do direito de requerer o apagamento (exclusão) de informações pessoais, assume relevo crescente a questão dos mecanismos de busca (pesquisa) na internet. Tais mecanismos, como o google-pesquisa,

¹⁹ Desindexação.

aumentam imensamente as possibilidades de acesso a informação e conhecimento.

Por fim, cumpre citar o caso europeu *Google vs. Agência Espanhola de proteção de dados*, este já inserido no contexto da internet, assumindo um alcance maior e elementos distintos dos casos que tratavam sobre os meios de comunicação convencionais. O caso foi apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2014.

Trata-se de um cidadão espanhol chamado Mario Coteja González, que teve uma parte de sua propriedade leiloadada compulsoriamente para saldar dívidas que tinha junto a seguridade social do seu país.

Quando se inseria o nome do Sr. González no mecanismo de pesquisa mais utilizado no mundo, o Google, o internauta era logo direcionado a página do jornal espanhol *La Vanguardia*, mais especificamente na matéria que fazia referência ao leilão do terreno do Sr. González, devido às dívidas.

O Sr. González requereu que a notícia fosse excluída da página e dos mecanismos de pesquisa da empresa Google, pois entendeu que depois de tantos anos o acesso ao informe poderia lhe causar prejuízos. Assim, moveu a Agência Espanhola de Proteção de Dados, que decidiu ser improcedente o pedido do Sr. González frente ao jornal, dado que a época do fato a informação era lícita e permitida em meio on-line. Entretanto no que concerne ao Google, a Agência foi favorável à González, compreendendo que o *link* que direcionava a notícia deveria ser apagado.

Por conseguinte, o Google acionou a Agência Espanhola e González no tribunal espanhol, que remeteu o caso ao TJUE, para que o mesmo aplicasse o entendimento das diretivas europeias acerca da proteção de dados.

No primeiro momento o Tribunal discerniu que os mecanismos de busca atuam na formatação de dados, que incluem os dados pessoais. Pontuou ainda que os mecanismos de busca devem ser responsabilizados pela maneira com que formatam esses dados, seja ela na forma de selecionar, organizar e disponibilizar aos usuários, pois sem os mecanismos de busca, esses dados dificilmente seriam difundidos. Assim, a decisão foi no sentido de aplicar a proteção de dados ao caso.

O acórdão proferido pelo TJUE teve como ementa (TJUE, 2014, p. 1):

Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Diretiva 95/46/CE – Artigos 2o , 4o , 12o e 14o – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado Membro – Alcance das

obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7o e 8o .

Denise Pinheiro (2016, p. 90) aponta a conclusão do Tribunal:

A posição do Tribunal (2014, p. 24) é a de que a indicação do Google sobre o anúncio da venda do imóvel por hasta pública do jornal *La Vanguardia* é um fato sensível da vida privada do requerente Mario Costeja González e como transcorridos 16 anos, há o direito de que tais informações não estejam mais ligadas ao seu nome por meio da lista indicada pelo provedor, até porque inexistente interesse do público, o que deverá ser examinado pelo órgão jurisdicional de reenvio. Mas, a princípio, o interessado solicitante, com base nos artigos 12o, alínea b) e 14o, alínea a), da Diretiva 95/46, pode, portanto, exigir a supressão dos links da lista de resultado apresentado pelo provedor de busca.

A problemática jurídica estava na apuração da licitude na divulgação dos dados, já que a publicação no jornal era lícita. Dessa forma, o conflito instaurado estava entre o Sr. González, como pessoa atingida, e o mecanismo de busca, no caso o Google.

Um dos aspectos responsáveis pela decisão do TJUE é que a lista obtida como resultado dos mecanismos de pesquisa constitui uma situação distinta daquela contida na página do jornal, e que assim merece ser apreciada de forma diferenciada. Vale salientar que no caso o objetivo não era impedir o acesso das pessoas à informação, mas apenas restringir esse alcance.

A decisão do tribunal, apesar de acertada na opinião do presente trabalho, foi alvo de algumas críticas e reflexões, no sentido de que a apreciação deixou de considerar todos os direitos envolvidos, como o direito à informação pertencente a toda a população.

Devido ao conflito de direitos e interesses a decisão causou polêmica, gerando críticas de um lado e aplausos de outro, como esperado. Entretanto, o que chama a atenção nesse caso é que mesmo os mecanismos de pesquisa, que agem como intermediários, não estão imunes a um controle, e muito menos isentos de qualquer responsabilidade, e assim, fica evidenciada a precisão na avaliação pelo TJUE.

As diretivas mencionadas no caso, tratam sobre a “proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”²⁰, estabelecendo limites para o uso e processamento desses dados.

A fim de exemplificar as diretivas, Joana Sierra (2013, p.35) explica:

Sobre isso, o artigo 7o da primeira diretiva, de 1995, estabelece que os Estados Membros só podem permitir o processamento de dados pessoais se preencherem uma das seguintes condições: o sujeito sobre quem os dados

²⁰ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

dizem respeito tiver inequivocamente dado seu consentimento; o processamento for necessário para possibilitar um contrato do qual o sujeito seja parte, ou que deseje participar, como requisito do mesmo; o processamento for necessário para cumprir uma obrigação legal do sujeito; o processamento for necessário para proteger seus interesses vitais; o processamento for necessário para a realização de tarefas de interesse público; ou quando o processamento for necessário para o propósito de interesses legítimos do controlador ou de terceiros com quem a informação for compartilhada, exceto quando esses interesses forem sobrepujados pelos interesses, direitos fundamentais ou liberdades do sujeito dos dados (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Os critérios estabelecidos pelas diretivas são bastante amplos, e visam dispor sobre a legitimidade do processamento e divulgação dos dados pessoais, quando os interesses contrários forem também legítimos. Percebe-se aqui a característica primordialidade europeia de regulamentação, fazendo as novas tecnologias passarem pelo crivo da lei, a fim de proteger a intimidade e a privacidade no ambiente virtual.

A empresa Google com o fito de se adequar a decisão proferida pelo TJUE, utilizou mecanismos, como manifesta Denise Pinheiro (2016, p. 93):

Para atender ao julgamento, o Google preparou um formulário¹⁰⁷ para que os usuários possam fazer os seus pedidos de desindexação. Somente no primeiro dia foram 12000 pedidos, em 48 horas mais de 40000 e, em um mês, foram 70000 pedidos relacionados com 267550 links, estando a França, neste período, em primeiro lugar do pódio europeu com 14086 demandas, como informam Denys Simon (2014) e Christophe Caron (2014).

Os números acima mencionados são impressionantes, contudo é ainda mais alarmante quando se verifica que ainda em 2016 já haviam sido removidos 556.834 endereços, também chamados de URL²¹ no mundo informacional. Importante assinalar que possivelmente nem todas as supressões são frutos da utilização do direito de ser esquecido, podem também corresponder a danos à intimidade, honra e imagem.

Para que a proteção aos direitos da personalidade fosse estendida, o CNIL que é o órgão administrativo francês responsável pela proteção de dados no âmbito da França, comunicou a empresa Google para que a mesma realizasse a supressão de URL no contexto global, e não ficasse somente restrita ao mecanismo de buscas francês.

No ano de 2012 a Vice-Presidente da Comissão de Justiça da União Européia, Viviane Reding (2012, p. 5), já havia exposto uma proposta de inclusão do direito ao esquecimento nas diretivas europeias, onde asseverou que “as pessoas devem ter o direito – e não apenas a possibilidade – de retirar seu consentimento ao processamento de dados pessoais [...]”.

²¹ Uniform Resource Locator, que pode ser entendido como o endereço de um recurso disponibilizado na rede mundial de computadores.

A partir do discurso proferido por Reding, nota-se que a preocupação da União Europeia seria conferir aos usuários da rede mundial de computadores um controle acerca dos dados disponibilizados por eles mesmos. Assim, é possível identificar que o direito ao esquecimento não é absoluto e não tem o condão de apagar a história, apenas de impedir que a imprensa divulgue fatos pretéritos que possam trazer danos ao indivíduo atingido e de desindexar informações pessoais dos provedores de busca.

Portanto, chega-se à conclusão de que a tese do direito ao esquecimento que vem sendo aplicada nos julgamentos europeus é distinta da tese utilizada nos casos brasileiros analisados no trabalho, ao passo que na Europa refere-se ao fato de remover dados pessoais do ambiente virtual, no Brasil relaciona-se em grande parte com a divulgação de acontecimentos passados, ainda que existam muitos julgados acerca da desindexação como, por exemplo, o “caso Xuxa” (REsp 1.316.921). No âmbito internacional a discussão se intensifica em distinguir o que é público e o que é privado, para então poder delimitar se houve dano a um direito da personalidade.

Com a pretensão de esclarecer que não há colisão entre os direitos fundamentais, examina-se no capítulo seguinte as teorias desenvolvidas acerca do tema, com enfoque na teoria garantista fundada por Luigi Ferrajoli, da qual o presente trabalho aprecia ser o método mais adequado para a questão.

3. O DIREITO AO ESQUECIMENTO EM FACE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Percebe-se na fluência do corrente trabalho que os direitos fundamentais ligados à personalidade podem em algumas situações, encontrar limites legítimos ou não, frente ao exercício de outros direitos, como é o caso do direito ao esquecimento em face da liberdade de expressão.

Como ambos os direitos tratados possuem um *status* de direito fundamental, o direito ao esquecimento como decorrência dos direitos personalíssimos. Faz se necessário assim, apresentar algumas definições sobre o tema, as quais não são estanques, pois inexiste um consenso entre os teóricos do assunto.

Diante de tal dissenso da doutrina, exhibe-se a seguir os conceitos convergentes acerca da matéria.

João Carlos Medeiros de Aragão (2011, p. 259) entende que direitos fundamentais são “aqueles inerentes à própria condição humana previstos pelo ordenamento jurídico”.

Ferrajoli (2011, p.9), por seu turno, apresenta a definição formal dos direitos fundamentais, traçando original relação entre as duas categorias jurídicas, definindo-os como — todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir.

Mikhail Cancelier (2016, p. 138), corrobora com a compreensão de Ferrajoli, exposta acima.

Felipe Brasil Patel, Maurício da Cunha Savino Filó, e Yduan May (2017, p.94) conceituam os direitos fundamentais da seguinte maneira:

Direitos fundamentais são direitos mínimos, essenciais à vida individual e social, que servem como viga-mestra de um Estado Democrático de Direito. Existem, pois, para garantir que, em qualquer situação, o princípio da dignidade da pessoa humana será respeitado e o ser humano não será visto como um meio ou objeto, mas sim como um fim em si mesmo.

Continuando por essa linha de raciocínio, Dirceu Pereira Siqueira e Miguel Belinati Piccirilo (2012) afirmam que os direitos da fundamentais “nascem a partir do processo de positivação dos direitos humanos, a partir do reconhecimento, pelas legislações positivas de direitos considerados inerentes a pessoa humana. ”

Para Paulo Bonavides (2004, p. 54), o fito dos direitos fundamentais é “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.

É importante ressaltar que os direitos fundamentais não são o mesmo que as garantias fundamentais, pois são dois institutos distintos. Enquanto os direitos são efetivamente direitos, as garantias são ferramentas para salvaguardar esses direitos.

Dirceu e Miguel (2012) se manifestam sobre o que propicia nascimento desses direitos:

Os direitos essenciais a pessoa humana nascem das lutas contra o poder, das lutas contra a opressão, das lutas contra o desmando, gradualmente, ou seja, não nascem todos de uma vez, mas sim quando as condições lhes são propícias, quando passa-se a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade um existência digna.

Sobre o nascimento dos direitos fundamentais, a mesma linha é desenvolvida por Norberto Bobbio (1992, p. 6), que afirma "os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer".

Esse nascimento se deu efetivamente entre o século XVII e XVIII com as ideias iluministas²² que objetivavam proteger o indivíduo frente ao poder estatal. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p.205), assevera que:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

A Constituição Federal promulgada em 1988, versa sobre os direitos e garantias fundamentais no seu título II, fragmentando-se em cinco capítulos, quais sejam, direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos, e direito dos partidos políticos.

Desse modo, demonstra-se cristalino que os direitos fundamentais são inerentes à condição humana e essenciais para que o indivíduo viva em sociedade com dignidade. Assim, percebe-se que esses direitos estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa

²² Victor dos Santos Queiroz (2005) assevera que “Kant foi o primeiro a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor (preço), devendo ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional.”

Continuando o pensamento expoente de Kant, Victor ainda acrescenta:

Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade.

humana. Compartilhando dessa compreensão, Rodrigo César Rebello Pinho (2010, p.97), fundamenta:

Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes.

Assim, todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais, independente do seu gênero, credo, orientação sexual, idade, ou qualquer outro aspecto que o distinga, pois são direitos universais. A partir dessa universalidade, o Estado tem o dever de assegurar esses direitos aos indivíduos, usando de todo o seu aparato estatal.

A doutrina que leciona sobre a temática passou por diversas transformações ao longo dos anos. Nessa evolução, desenvolveu-se a classificação da teoria dos direitos fundamentais em gerações²³ ou dimensões, que começa com os direitos fundamentais de primeira geração e vai até os direitos fundamentais de quarta geração²⁴.

Sobre as dimensões dos direitos fundamentais, Ingo W. Sarlet (2007, p.55) pontua:

[...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Os direitos de primeira geração ou dimensão, compreendem as liberdades individuais, e foram os primeiros a serem positivados no ordenamento jurídico brasileiro. São considerados direitos de resistência entre o indivíduo e o Estado, pois surgiram após as revoluções, como a francesa e a norte-americana. Podem ser exemplificados através da liberdade de expressão, liberdade de imprensa, direito à vida, direito à propriedade, etc.

Acerca dessa dimensão, Daniel Sarmento (2006, p. 12-13), afirma:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados". Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o

²³ Parte da doutrina rechaça essa nomenclatura, justificando que a expressão gerações é imprópria para tratar da evolução dos direitos fundamentais, devido a aparência de que conforme eles fossem evoluindo, ocorreria uma sucessão cronológica dos direitos. Assim, defendem que o termo correto a ser utilizado, é dimensão.

²⁴ Paulo Bonavides (2006, p.571), defende a ideia de que existe direitos fundamentais de quinta dimensão, com faces advindas da globalização política, como a democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Bonavides (IX Congresso Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, também no II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), defende a ideia de que existem direitos fundamentais de quinta geração ou dimensão, como a paz, sendo consequência do clima bélico que aflige a humanidade atualmente.

‘jardim e a praça’. Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o ‘homem civil’ precederia o ‘homem político’ e o ‘burguês’ estaria antes do ‘cidadão’. (...) No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Nesse sentido, concebe-se a ideia desenvolvida por Paulo Bonavides (1993) de que os direitos de primeira geração ou dimensão, representam os direitos civis e políticos, que correspondem o início do constitucionalismo ocidental mas que, mesmo assim, ainda constam em ordenamentos jurídicos atuais, o que comprova que há cumulatividade de dimensões.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão referem-se a direitos sociais e a liberdades positivas, diferentemente dos direitos de primeira dimensão que versam sobre liberdades negativas. O marco inicial para essa dimensão se deu com a Revolução Industrial, onde o proletariado foi à luta em busca de direitos básicos, como alimentação, condições mínimas de trabalho, saúde, educação. Nesse passo, nasce do Direito do Trabalho a fim de conferir proteção aos trabalhadores e humanizar a relação entre patrão e empregado.

Os direitos de segunda dimensão impõem ao Estado que desenvolva políticas públicas que garantam aos cidadãos os direitos essenciais mencionados acima²⁵.

Bonavides (1993, p.517), corroborando com esse entendimento, afirma que os direitos de segunda geração são:

São direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Conforme mencionado acima, os direitos de primeira dimensão se diferem dos direitos de segunda dimensão. Assim George Marmelstein (2008, p.50), deslinda essa contraposição afirmando que:

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o

²⁵ Essa ideia impõe ao Estado uma obrigação de fazer.

desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade

Segundo José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior os direitos de terceira geração ou dimensão preservam direitos coletivos e difusos e são representados pelos princípios da fraternidade e solidariedade. Nasceram após a Revolução técnico-científica, que modificou a forma de comunicação e de relação com a tecnologia.

Em relação a essa dimensão de direitos, Bonavides (2006, p.569) traz esclarecimentos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Assim, depreende-se que são direitos resultantes das mudanças tecnológicas que trouxeram reivindicações das pessoas acerca desse novo cenário, e se destinam a toda a coletividade.

No tocante aos direitos da quarta geração ou dimensão, não há uma concordância entre a doutrina sobre o que esses direitos tratam. Bobbio (1992) opina que “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.”

Ao revés, Bonavides (2006, p.571) acredita que esses direitos são decorrentes da globalização política. Além de Bonavides, outros autores fiam-se no mesmo entendimento, como é o caso de Marcelo Novelino (2008, p. 229), que manifesta:

Tais direitos foram introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão compendiam o futuro da cidadania e correspondem à derradeira fase da institucionalização do Estado social sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política.

Por estarem no mesmo patamar hierárquico, os direitos fundamentais podem colidir uns com os outros, entendimento esse, definido pelas teses ponderacionistas encampadas pelo autor principialista Robert Alexy. Entretanto, no presente trabalho defende-se a teoria garantista de Ferrajoli, como será melhor exposto no tópico subsequente, fiando-se ser essa a teoria a mais adequada, devido ao fato de que o sopesamento é realizado entre circunstâncias pertencentes ao caso concreto e não entre normas, como afirma a tese da ponderação.

3.1 TEORIA PONDERACIONISTA DE ALEXY E SEU CONTRAPONTO NA TEORIA GARANTISTA DE FERRAJOLI

A técnica mais comumente utilizada para solucionar esse aparente conflito entre direitos fundamentais, é por meio do modelo de ponderação, desenvolvido por Robert Alexy, também conhecido como “regra da ponderação”, vale mencionar que nos julgados analisados no capítulo anterior, as soluções encontradas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, se deram através do sopesamento ou ponderação²⁶.

Com referência ao uso da ponderação pelos Tribunais brasileiros como solução para os casos estudados, Lênio Streck (2014, p. 58-61), tece as seguintes críticas:

Leitura superficial por parte considerável da doutrina e dos tribunais da obra de Robert Alexy; o equívoco de se tratar a regra da ponderação como um princípio; criação desmensurada de enunciados para a solução de casos concretos, o que é uma decorrência do que denomina de panprincipiologismo²⁷.

Denise Pinheiro (2016, p. 226- 228), corrobora o entendimento mencionado, e acrescenta ainda que o STJ e o STF não fazem menção no acórdão como se deu a ponderação, quais as etapas da lei de colisão e das leis de sopesamento foram aplicadas no caso concreto.

Robert Alexy (2010, p.25), em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, informa que a pesquisa volta-se para a Constituição alemã, mais especificamente na aplicabilidade imediata de normas de direitos fundamentais a qual é controlada pelo tribunal constitucional. O objetivo seria encontrar uma racionalidade para a interpretação de direitos fundamentais, que são fadadas de vagueza semântica fundada sobretudo na teoria dos princípios.

Primeiramente acerca desse modelo, Alexy (2008, p. 90 -91) separa as regras de princípios utilizando-se do critério exposto abaixo:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e

²⁶ Virgílio Afonso da Silva, não se vale da expressão “ponderação”, optando por sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito).

²⁷ Lênio Streck (2012, n. 144, p. 1) define o termo como “Usina de produção de princípios despidos de normatividade.”

juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Partindo desse entendimento, Flávio Tartuce (2016), comenta sobre as premissas utilizadas por Alexy para resolver o que o autor sustenta ser um conflito entre princípios, quais sejam:

Como primeira premissa, o doutrinador alemão traz o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo mandamentos de otimização, “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” (p. 91)

Em seguida, como segunda premissa, reconhece que, em um sistema em que há o comprometimento com valores constitucionais, pode ser frequente a ocorrência de colisões entre os princípios, o que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre os valores tutelados.

Presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, como terceira premissa, o aplicador do Direito deve fazer uso da técnica de ponderação. Em tal sopesamento, na presença da lei de colisão, os princípios são numerados por P1 e P2; C são as condições de procedência de um princípio sobre o outro, enquanto T1, T2 e T3 são os fatores fáticos que influenciam a colisão e a conclusão final.

A quarta e última premissa é a de que a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional.

Lênio Streck (2014, p. 60) esclarece sobre os vocábulos escolhidos por Alexy, e defende o autor alemão, dispondo que os termos desenvolvidos para a ponderação, não consistem apenas em dispor dois princípios em uma balança e aferir qual pesa mais. Aduz que a técnica não envolve essa escolha direta entre dois princípios.

Ainda, relacionando-se com a temática central do presente trabalho, Flávio Tartuce (2016), opina que a ponderação se mostra atualmente, como a técnica mais efetiva para resolver conflitos no direito privado brasileiro. O autor ilustra citando o direito à imagem e a intimidade, dispostos no art. 5º, incisos V e X da Constituição federal em vigor, frente ao direito à informação e à liberdade de imprensa, ambos também garantidos constitucionalmente, art. 5º, incisos IV, IX e XIV.

Vale destacar que a opinião colacionada acima não coaduna com a posição adotada e exposta na presente monografia, que busca a tese do garantismo como um caminho alternativo mais efetivo, pois, essa teoria não trata as normas como princípios e reconhece que as mesmas não são mutáveis, ao contrário dos fatos, esses que devem ser sopesados.

No âmbito das regras, a técnica para resolver um possível embate entre regras de mesma hierarquia é a subsunção, ou seja, faz-se um adequado juízo de valor acerca do caso concreto e das regras aplicáveis a ele, concluindo qual é a que deve ser aplicada, refutando do ordenamento jurídico a outra regra conflitante – a não ser que haja uma cláusula de exceção nela (ALEXY, 2008, p. 92-93).

Salienta-se que Felipe Brasil Patel, Maurício da Cunha Savino Filó, e Yduan May (2017, p. 103), compartilham da mesma concepção de Alexy, trazida no parágrafo acima.

Já no campo dos princípios a relação é distinta, conforme a lição extraída da tese de Alexy (2008, p.93-94):

[...] havendo uma colisão entre princípios, deve-se analisar qual deles prevalece no caso concreto, e se lê aqui exatamente nos termos escritos: “qual deles prevalece no caso concreto”. Assim, pode-se perceber que, diferentemente das regras, a colisão de princípios não enseja a invalidação de algum deles no ordenamento jurídico, mas somente a sua precedência ou não em determinado caso da vida real. A relação de precedência dos princípios não é absoluta, depende das possibilidades fáticas de cada caso em que se analisa.

Assim, de acordo com a teoria desenvolvida pelo jurista alemão (2011, p. 575 -588), os direitos fundamentais são considerados princípios e, por meio da proporcionalidade, é que se pode maximizar a sua realização, a qual se relaciona com três máximas: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de sopesamento ou ponderação (PINHEIRO, 2016).

Desse modo, capta-se de acordo com a técnica desenvolvida por Alexy, que os conflitos ocorridos entre regras se enquadram na dimensão da validade, ao passo que os princípios, delimitam-se na dimensão do peso.

Para solucionar o aparente conflito entre princípios no caso concreto, a saída seria por meio da lei de colisão, desenvolvida por Alexy (2011, p. 99), que dispõe “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. ” A aplicação da lei de colisão não resulta na invalidade de um dos princípios, ela apenas baliza que em certas condições, um sobrepõe aos outros (ALEXY, 2011, p. 93).

Analisando os termos trazidos acima, e mesmo sem esgotar o tema, a crítica que se faz ao modo como os Tribunais brasileiros utilizaram a técnica criada por Alexy é no sentido de que a mesma é pouco fundamentada nas decisões, sendo na maioria dos casos, mencionada de forma genérica, ocasionando certa insegurança jurídica e possibilitando uma conduta

discrecionária por parte do judiciário, dando margem a um ativismo judicial²⁸. Também o conceito da ponderação, na forma com que está sendo empregado, mistura-se com a responsabilidade civil²⁹, no momento de se aferir a ocorrência de dano moral e quantifica-lo.

Continuando na linha ponderacionista, Ronald Dworkin, por sua vez (1985, p. 93,94 e 96) afirma:

As regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”, no sentido de que são aplicáveis ou inaplicáveis determinadas consequências jurídicas quando concorram, ou não, as condições por elas previstas; os princípios ao contrário, “não indicam consequências jurídicas que decorram automaticamente quando se verificarem as condições previstas”; as primeiras, portanto, aplicam-se aos casos a elas subsumíveis, enquanto que os segundos devem ser sopesados, de modo a prevalecer aquele ao qual é associado, caso a caso, maior peso ou importância.

Outros autores corroboram com essa discussão como é o caso de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (1999, p. 9), que trataram de observar a diferença entre princípios e regras no sentido de que “os princípios configuram o caso de modo aberto, enquanto as regras o fazem de modo fechado”.³⁰

No sentido de diferenciar os princípios das regras, é importante mencionar a contribuição trazida por Gustavo Zagrebelsky (2008, p. 149), que faz essa distinção assentado na premissa de que somente as regras preveem hipóteses de incidência nelas subsumíveis.

Assim, através da presente monografia, defende-se o viés advindo da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, como um caminho não convencional em contraposição a ponderação, o qual será esclarecido a seguir.

Depreendendo-se sobre as citações doutrinárias mencionadas acima, Luigi Ferrajoli (2015, p. 118) conclui que:

Em todos os casos, aquilo tornam comum estas diversas conotações das duas classes de normas é o papel central associado à ponderação dos princípios, em oposição à aplicação de que são, ao invés, suscetíveis as regras, do que decorre a tese de que os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos são objeto de ponderação em vez de aplicação, pois concebidos não como regras, mas como princípios entre si virtualmente em conflito.

²⁸ Acerca do ativismo judicial, Trindade (2012, p.117-118) sinaliza para a institucionalização dessa conduta de atuação do poder Judiciário, em específico o judiciário brasileiro, que possibilita aos magistrados uma grande discricionariedade.

²⁹ Tema que será melhor exposto no tópico 3.2.

³⁰ Os autores mencionados (1999, p. 9) acrescentam ainda, que as regras são “razões peremptórias da ação”, os princípios são razões da ação não apenas peremptórias, mas ponderáveis com outras razões ou princípios.

Ferrajoli (2015, p. 118), contrapõe o modelo ponderacionista desenvolvido por Alexy utilizando-se do viés garantista, onde o mesmo afirma que “uma mais precisa definição das duas classes de normas permita excluir essa tese”.

Assim, a fim de clarificar essa oposição trazida por Ferrajoli (2015, p. 118), faz-se necessário colacionar as palavras do próprio autor:

Para tanto, é útil partir da noção de “regra” acolhida pelos mesmos constitucionalistas principialistas e certamente mais precisa do que a definição por eles oferecida de “princípios”: a aplicabilidade das regras na forma do “tudo ou nada”, segundo a tese de Dworkin, a sua concretização ou não, segundo a noção de Alexy, a sua forma fechada, e não aberta, segundo a definição sugerida por Atienza e Ruiz Manero, bem como a sua referência às hipóteses de incidência a elas subsumíveis segundo a noção proposta por Zagrebelsky. Pois bem, todas essas conotações podem ser mais claramente expressas e formalizadas através da referência empírica que as regras devem possuir em relação ao comportamento que lhe constitui a observância ou a violação. São *regras* e, mais precisamente, *regras deônticas* – podemos afirmar com base nisso – todas e tão somente as normas das quais são configuráveis os atos que consistem em sua observância ou inobservância³¹. Chamarei ao invés de princípios diretivos, ou simplesmente, diretivas as normas que formulem valores ou objetivos políticos – por exemplo, o trabalho alçado a fundamento da República pelo art. 1º da Constituição italiana, ou o desenvolvimento da cultura promovido pelo seu art. 9º. – sem que deles sejam configuráveis atos específicos de violação ou de observância; sua referência empírica, em verdade, não consiste em comportamentos determinados qualificáveis como sua observância ou inobservância, mas em políticas públicas, isto é, em complexos heterogêneos de possíveis atividades, nenhuma das quais predeterminável abstratamente como sua concretização ou não concretização. Mas nem todos os princípios constituem em simples diretivas. Existem, de fato, muitas normas, formuladas em termos de expectativas, ao invés de obrigações ou proibições, que são, ao mesmo tempo, princípios e regras, e que chamarei por isso, *princípios regulativos*: é o caso da maior parte dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade, que são normas nas quais princípios e regras são uns a face das outras.

À luz dessa teoria garantista, Mikhail Cancelier (2016, p. 207) relativiza a diferença existente entre os princípios e as regras, pois afirma que grande parte dos princípios constitucionais, especificamente os direitos fundamentais, possuem um comportamento semelhante ao das regras, dado que implicam a existência ou determinam a inserção de regras que constituem em proibições de lesão ou em obrigações de prestação que integram as respectivas garantias. (FERRAJOLI, 2015, p. 30)

³¹ Ferrajoli (2015, p.118) esclarece a afirmação: exprimi esta equivalência entre “regras (ou normas) deônticas” e a sua possível observância ou inobservância em *Pil*, § 4.7, p. 242 e § 8.3, p. 424, com os teoremas T4.66 e T8.35: $(x) (y) (RDEyx = (OSSxy \vee IOSxy))$ e $(r) (x) (NDErx = ((OSSxr \vee IOSxr) \cdot NORr))$; onde a variável “x” denota o comportamento ou o ato jurídico que forma o argumento comum seja à regra (ou norma) deôntica, seja à sua inobservância e à sua observância. Onde uma precisa e determinada observância ou inobservância não sejam configuráveis, não podemos falar, com base na tese T2.2, em figuras deônticas (ivi, § 2.1, p. 144-147) e, portanto, nem mesmo em regras ou normas deônticas, que aqui chamei de “princípios diretivos”.

Ainda, quando se objetiva a resolução de um conflito real do caso concreto, a ponderação incidirá sobre os **fatos**, e não sobre as **normas**³² (CANCELIER, 2016).

Para Ferrajoli, referindo-se a tese ponderacionista, ao se escolher o princípio mais pesado para preferir outro, ocorre uma falha concernente ao próprio objeto da ponderação. O autor afirma que cada escolha é feita com base nas circunstâncias pertinentes ao caso concreto que está sendo subjugado. Diante disso surge o seguinte questionamento: se o que os juízes ponderam nos casos concretos são os princípios ou as circunstâncias de fato, em que determinados casos justificam a sua utilização? (FERRAJOLI, 2012, p. 50)

O próprio autor (2015, p. 132) responde o questionamento feito acima, e explica o seguinte:

Aqui estamos na presença de uma confusão entre fatos e normas. Em concreto, de fato, o que mudam não são as normas, que são sempre iguais, mas os casos julgados que são sempre irrepetivelmente distintos uns dos outros, mesmo que subsumíveis as mesmas normas. A chamada ponderação incide, portanto, nestes casos, não sobre as normas que serão aplicadas, mas sobre as características singulares e irrepetíveis dos fatos submetidos a julgamento. Incide na verificação da verdade factual, e não na verificação da verdade jurídica.

Para sustentar tal afirmação, Ferrajoli expõe alguns exemplos da seara jurídica, como a valoração das circunstâncias agravantes e atenuantes, o juízo sobre a proporcionalidade da defesa em relação à ofensa, das excludentes de legítima defesa ou do estado de necessidade, no âmbito penal. Já em matéria civil, a valoração da boa-fé, ou a figura do dano, a culpa nos ilícitos civis, os vícios do erro. Passando para a esfera constitucional, a valoração feita acerca das violações ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, ou dos direitos fundamentais, sejam estes de liberdade ou sociais. Em todos os casos trazidos, os juízes não valoram as normas, mas os comportamentos e as situações que estão sob julgamento. Assim, não pesam as normas, mas as circunstâncias submetidas ao seu juízo. (FERRAJOLI, 2015, p. 132-133).

Assim, podemos relacionar os exemplos citados com a temática central do presente trabalho, em que deve-se analisar as circunstâncias e os fatos que envolvam o direito ao esquecimento frente à liberdade de expressão, a fim de avaliar qual deve prevalecer sobre o outro.

³² [...] o juiz [...] tampouco, como afirma Alexy, extrai as regras que irá aplicar da ponderação dos diversos princípios que estão por trás delas. Ele pondera, porém, as diversas circunstâncias fáticas que justificam a prevalência das agravantes ou das atenuantes, ou mesmo as características do fato que justificam, ou não, a aplicação de uma excludente, ou ainda se o fato constitui um legítimo exercício da liberdade de imprensa ou uma violação da intimidade de outrem. (FERRAJOLI, 2015).

Nesse contexto, vale mencionar o caso de Anthony Garotinho vs. a Carta Capital, em que o site Conjur (2004) expõe:

Em seu número 190, de maio de 2002, a revista publicou uma reportagem com chamada na primeira página, que dizia: "Porque não votar em Garotinho". O entrevistado era um ex-funcionário do município de Campos, demitido quando o candidato era prefeito da cidade.

A Revista Folha de S. Paulo à época (2002, Ed. 174), divulgou o caso chamando de “censura togada” tecendo duras críticas contra a decisão que proibiu a veiculação da matéria sobre Garotinho, confere-se:

Magistrados brasileiros têm se mostrado sensíveis aos argumentos daqueles que, com base no direito à proteção da privacidade, entram na Justiça com pedidos que, na prática, significam a censura prévia aos meios de comunicação. Dois casos recentes indicam a aceitação dessa linha de raciocínio, que desloca para o segundo plano um outro direito constitucional a liberdade de imprensa

Aqui vemos que existem dois direitos em jogo, a privacidade e a liberdade de imprensa, ambos direitos fundamentais. De acordo com a teoria garantista, a colisão não ocorre entre as normas, ou seja, entre a privacidade e a liberdade de imprensa, mas sim entre os fatos concernentes ao caso concreto, que são passíveis de mudança.

Assim, deve-se analisar as circunstâncias envolvidas, como no caso mencionado, o relevante interesse público, devido à posição ocupada pelo político, além de que no período em que aconteceu o evento, Garotinho era candidato a presidência do país, o que justifica a veiculação da notícia.

É necessário salientar novamente que nenhum direito fundamental é absoluto³³. Eles ostentam uma característica inerente, chamada de limitabilidade ou relatividade³⁴, que dá ensejo à análise dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, para que então, seja aplicada a técnica mais adequada. Tal característica possibilita a coexistência de vários direitos fundamentais em um mesmo ordenamento jurídico, propiciando o Estado Democrático de Direito.

³³ João Trindade Cavalcante Filho, acrescenta que:

Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados.

Ainda, Marmelstein (2008, p. 368) afirma que o STF, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

³⁴ Alexandre de Moraes (2003, p. 61), afirma que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (princípio da relatividade) ”.

Desse modo, nota-se que os direitos fundamentais envolvidos não colidem como defendido pela técnica ponderacionista, eles apenas encontram limites no exercício de outros direitos, conforme afirmado no início do presente capítulo.

Para exemplificar o que se afirma, convém retornar aos precedentes trazidos no tópico 2.4, quais sejam, o caso Chacina da Candelária e o caso Aída Curi, onde em ambos os casos as normas que estavam em cheque eram as mesmas, o direito ao esquecimento e a liberdade de expressão/imprensa, e mesmo com direitos iguais sendo discutidos, as decisões foram analisadas por prismas distintos, o que comprova a teoria garantista aqui exposta, de que o que está em rota de colisão são as circunstâncias do caso concreto e não as normas, pois elas terão sempre o mesmo conteúdo.

Partindo dessa análise, é possível perceber que nos casos mencionados, as circunstâncias eram diversas. Cada caso possuía uma peculiaridade, o que fez com que as decisões fossem distintas entre si, mesmo com os autores pleiteando direitos iguais.

Nesse sentido, colaciona-se o posicionamento de Mikhail Cancelier, do qual a presente monografia consente (2016, p. 251):

Com base na teoria de Ferrajoli, entendemos que nem sempre casos envolvendo o direito à privacidade configurarão colisão entre princípios. Nesse sentido, a solução da dúvida entre a necessidade ou não de autorização para a publicação de biografias, num primeiro momento, não passa pela necessidade de ponderação judicial, mas sim pela aplicação da norma pelo intérprete.

Ressalta-se também que a liberdade de expressão e de imprensa não foram cerceadas em detrimento do direito ao esquecimento, dado que em ambos os casos as notícias já haviam sido amplamente veiculadas em momentos anteriores pela mídia.

Assim, entende-se que para a notícia voltar a circular, deve-se fazer uma análise do caso concreto e das circunstâncias envolvidas, atentando-se para o interesse público e para a ocorrência de fatos novos. Caso não exista mais um interesse público demonstrado, nem tenha ocorrido nenhum fato novo relacionado com o evento, não justifica que a notícia seja “requeitada” apenas para satisfazer a liberdade de expressão e de imprensa, que conforme já mencionado no presente trabalho, nenhum direito fundamental é absoluto.

Corroborando com essa compreensão, Mikhail Cancelier (2016, p. 213), depreende que:

Com base na teoria de Ferrajoli, Cademartori e Pinheiro (2013, p.177-178) reforçam a possibilidade de eventuais indeterminações conceituais e de abrangência quando se está a tratar de direitos fundamentais. No entanto, quanto à liberdade de expressão e à privacidade, os autores destacam que, para além do positivado na Constituição de 1988, há normas ordinárias que tutelam a ambos, afastando-se da ideia de conflito entre princípios e direcionando-se ao entendimento de que, por exemplo, havendo lesão à privacidade não há liberdade de expressão a ser tutelada, pois somente há um direito a ser protegido; a solução, de cada caso, não passa pela ponderação, mas pela busca da determinação e definição da esfera de abrangência dos direitos. O que se aventa, assim, é o reconhecimento de que, considerando os dados oferecidos em um caso concreto, como o aqui analisado, a investigação dos fatos e a interpretação do direito que os tutela, chegue-se a determinada conclusão, para aquele caso. Conclusão essa que, mesmo em tratando-se de direitos fundamentais, não passa, necessariamente, pelo sopesamento de direitos, visto que nem sempre haverá conflito, mas, tão somente, a maior ou menor abrangência de determinado direito, em função dos fatos apresentados.

Nesse sentido, confirmam-se as considerações tecidas no decorrer do presente capítulo, de que as circunstâncias concernentes ao caso concreto devem ser analisadas, não sob o enfoque da ponderação, que o vigente trabalho contrapõe, mas sob a perspectiva da teoria garantista, que defende-se ser a mais acertada para a questão.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL EM VIRTUDE DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

No decorrer do corrente trabalho, constata-se que existe outro elemento presente nos julgados mencionados: a responsabilidade civil, que é reflexo da violação dos direitos da personalidade. Mesmo que o objetivo do trabalho não seja o aprofundamento desse instituto, faz-se necessário apresentar alguns conceitos para que se compreenda a necessidade de reparação do dano causado, bem como a promoção da tutela preventiva, a fim de conferir uma proteção mais efetiva aos direitos personalíssimos.

Consoante já mencionado no item 1.3.5 do primeiro capítulo, o reconhecimento de parte da doutrina e jurisprudência que em casos de violação aos direitos da personalidade, existe a possibilidade de reparação na esfera civil, o que é um grande avanço. Contudo, essa reparação ainda carrega fortes traços patrimonialistas, o que acaba por prejudicar o caráter pedagógico.

A Constituição Federal de 1988, trata da reparação por danos morais em decorrência da violação dos direitos da personalidade, no art. 5º, incisos V e X, confere-se:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa.”

Carlos Alberto Bittar (1993, p.41) conceitua o dano moral da seguinte maneira:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

Ana Paula Asfor (2013), relaciona a ocorrência do dano moral com os direitos personalíssimos, veja-se:

Atualmente, percebe-se uma aproximação pertinente entre o dano moral e os direitos da personalidade, ao ponto de muitos doutrinadores afirmarem que não há dano moral fora do âmbito desses direitos. O conceito de dano moral traz, hoje, um conteúdo técnico, qual seja a violação de um direito da personalidade. Assim, verifica-se que o mesmo deixou de se relacionar a uma compreensão negativa e subjetiva, passando a ser qualificado de forma técnica e objetiva.

Assim, basta a prova de violação de um direito da personalidade, que reproduza gravidade maior que meros dissabores, para restar configurado o dano moral. As circunstâncias subjetivas acima elencadas podem influenciar na quantificação do dano, não podendo, contudo, serem determinantes para a averiguação da ocorrência do mesmo.

Acerca do instituto da responsabilidade civil, Denise Pinheiro (2016, p. 217) apura que “a responsabilidade civil em virtude uma comunicação, é subjetiva. ” Cabe mencionar que o conceito de responsabilidade civil se relaciona com a sua origem, derivada do latim *respondere*, que perpassa da necessidade do indivíduo que tenha violado alguma regra social, se responsabilize por seus atos e arque com as possíveis consequências.

Partindo da premissa de que nos casos estudados a responsabilidade ensejada é a subjetiva, faz se necessário analisar os seus pressupostos nos quais um dos principais é a culpa, que pode ser observada através do art. 186 do Código Civil de 2002: “aquele que, por

ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nesse sentido, o art. 927 do Código Civil aponta, que a prática do ato ilícito gera a obrigação de reparação do dano causado.³⁵

Acerca de outro pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, Denise Pinheiro (2016, p. 217), aduz a seguinte afirmação “firma-se o posicionamento de que a investigação da ilicitude é decisiva no exame de uma comunicação supostamente violadora de direito e causadora de danos”.

Ainda, Denise (2016, p. 217), menciona a questão da ilicitude, relacionada no caso da Chacina da Candelária, estudado anteriormente, confere-se:

O próprio acórdão do caso da “Chacina da Candelária” apontou o que denomina de “contornos de eventual ilicitude de matérias jornalísticas” (STJ, 2013, p. 22), sob o argumento de que a liberdade de expressão não é absoluta, cabendo limitar a atividade da imprensa diante: "(I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)" (REsp 801.109/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/06/2012).

No julgado, o STF acrescenta a questão da falta de contemporaneidade, como um dos limites ao exercício da liberdade de imprensa, quando a notícia reviver fatos pretéritos, em face da dignidade humana e da privacidade, desse modo, foi reconhecido o direito ao esquecimento. (PINHEIRO, 2016, p. 217-218).

Assim, capta-se que o objetivo é que a imprensa tenha uma conduta cuidadosa com as notícias que levará a público.

A ilicitude se mostra presente na atuação do jornalista que pratica injúria, calúnia e difamação. Igualmente, quem ofende à imagem e a privacidade. (PINHEIRO, 2016, p. 218).

³⁵ **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. **Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifou-se).

Karina Ferreira Aquino (2017), contribui para a lição acerca da responsabilidade civil em caso de violação dos direitos personalíssimos, observa-se:

ROSENVALD (2014) e no mesmo sentido SOUZA (2003) acerca da responsabilidade civil que deverá ser analisado casuisticamente pelo magistrado, ocorrendo graves consequências na órbita personalíssima, deverá impor danos de ordem extrapatrimonial (moral). Nesse passo, são previstas sanções jurídicas direcionadas aquele que violar o direito da personalidade de outrem, mediante a fixação de uma indenização por danos não patrimoniais, deverá também adotar providências de caráter inibitório (tutela específica), que obtenha resultado equivalente, qual seja, o respeito aos direitos da personalidade.

Mikhail Cancelier (2016, p. 150), evidencia outra preocupação quando diz que “a nossa legislação mantém a crença de que o dano à privacidade se resolve com indenização.” O autor (2016, p. 150), ainda versa sobre a preferência acerca da tutela inibitória, veja-se as razões:

[...] a manutenção da lógica da exclusiva aplicação do dano moral (e/ou patrimonial) aos casos de violação da privacidade, num movimento de compensação do dano causado é prejudicial ao completo exercício desse direito. Na senda de Leonardi, vislumbramos como tutela mais adequada à privacidade (manifestada enquanto intimidade e/ou vida privada) a inibitória, conceituada por Marinoni (2006, p.36) como configuração de tutela preventiva que —visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória. A tutela inibitória não é dirigida à reparação do dano, mas ao impedimento da prática danosa. Seu objetivo é a prevenção da prática. Voltada para o futuro, é tutela que —objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir (MARINONI, 2006, p.38).

Dessa forma, atenta-se para a preocupação em prevenir que ocorram lesões aos direitos da personalidade, em especial o direito ao esquecimento. Assim, garante-se que em casos de violação desses direitos, além de haver sanções ao indivíduo que causar danos a outrem, também existirá ações que visam a prevenção, para que o dano não chegue a ser praticado.

No caso já analisado no segundo capítulo da presente monografia, concernente ao episódio da “Chacina da Candelária”, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a violação do direito ao esquecimento gerou no autor da ação danos morais, e assim, condenou a emissora de televisão ao pagamento pela extensão dos mesmos.

Karina Ferreira Aquino (2017) remata ainda, “Assim, deve ser resguardado os fatos genuinamente históricos, reservado o interesse público com o decorrer do tempo e que não seja a custo da imagem, honra e dignidade da pessoa humana de outra parte. ”

Isto posto, quando o juiz se deparar com direitos fundamentais ocupando o mesmo espaço, terá de proceder a uma análise casuística, utilizando-se da técnica³⁶ que confiar ser a mais adequada, a fim de avistar o exercício de qual direito deve prevalecer. Em hipótese de ocorrência de ofensa aos direitos da personalidade, o magistrado deve ainda, aferir a extensão do dano causado, para posteriormente, punir o indivíduo que agiu com tal conduta danosa.

O vigente trabalho, consentindo com a opinião de Mikhail Cancelier (2016, p. 199), confia ser a tutela inibitória o melhor caminho para a proteção dos direitos da personalidade, tendo um caráter, além de preventivo, também educativo.

³⁶ A técnica defendida pelo presente trabalho, como alternativa à ponderação, é por meio da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, pelas razões expostas no tópico 3.1.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, ainda que não possua a pretensão de esgotar o tema proposto, expôs no decorrer dos três capítulos, o papel do direito ao esquecimento como meio de proteção dos direitos personalíssimos e do princípio da dignidade de pessoa humana, que é norteador da ordem jurídica brasileira.

Como resultado da pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência, desenvolvida ao decorrer da monografia, chegou-se as seguintes conclusões:

1. Os direitos da personalidade são inerentes à condição humana, entre outras características, e na forma do direito à privacidade, intimidade, honra e imagem, englobam o direito ao esquecimento, instituto que é essencial para as relações humanas.

2. O direito ao esquecimento não é expressamente disposto na legislação brasileira. O mesmo ganhou destaque através do Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal, que tratou do tema como decorrência dos direitos personalíssimos.

3. A sociedade atual confere grande relevância e interesse na exposição da esfera íntima das pessoas, o que acaba invadido a privacidade.

4. O advento da internet possibilitou que através da comunicação entre os indivíduos, a exposição do ambiente particular se tornasse ainda mais intensa e difundida do que no ambiente físico, essa característica permite menor controle e vigilância das informações vistas e acessadas, e maior distância percorrida entre essas informações e/ou dados.

5. O direito ao esquecimento perpassa pelo direito à privacidade e intimidade, ambos garantidos constitucionalmente, embora tenha um conceito um pouco distinto dos dois últimos.

6. O Superior Tribunal de Justiça utilizou a tese do direito ao esquecimento no caso da “Chacina da Candelária” e no caso “Aída Curi”, que se tornaram os julgados mais importantes acerca do tema. No primeiro, o instituto do direito ao esquecimento foi reconhecido e aplicado, já no segundo, o tribunal decidiu por não aplicar a tese no caso concreto, justificando existir o interesse público, entre outros elementos.

7. No cenário internacional o direito ao esquecimento já vem sendo regulamentado e discutido há mais tempo que no Brasil. A União Europeia tratou do tema através de diretivas. Contudo, o enfoque dado pelos tribunais europeus é distinto do enfoque utilizado pelos tribunais brasileiros nos casos analisados no trabalho, ao passo que na Europa confere-se maior relevância ao fato de remover dados pessoais do ambiente virtual (desindexação), no Brasil relaciona-se em grande parte com a divulgação de acontecimentos passados, ainda que existam muitos julgados recentes tratando sobre a desindexação.

8. De acordo com a tese garantista defendida na presente monografia, o direito ao esquecimento não colide com a liberdade de expressão, como encampado pela tese ponderacionista, dado que ambos possuem o *status* de direito fundamental. O que pode ocorrer é que no exercício do direito ao esquecimento, o mesmo encontre limites legítimos ou não, no exercício da liberdade de expressão. Ambos os direitos são normas, e normas não são mutáveis, o que pode mudar são as circunstâncias envolvidas no caso concreto.

10. A violação dos direitos da personalidade, como no caso do direito ao esquecimento, enseja a reparação na esfera civil, por danos morais. Entretanto, percebe-se que a legislação brasileira evidencia muito mais o caráter patrimonial do que o caráter preventivo, sendo este último, o meio mais efetivo na proteção dos direitos personalíssimos, que se dá através da tutela inibitória.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA Brasileira de Letras Jurídicas, Dicionário Jurídico, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.465.

AGOSTINI, Leonardo Cesar de. **A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad. Virgílio Afonso da Silva da 5.ª edição alemã), São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AQUINO, Karina Ferreira. SILVA, Lília Rosiene da. **O Direito ao Esquecimento e a Responsabilidade Civil**. 2017. Disponível em: <<https://akinokarina.jusbrasil.com.br/artigos/514623097/o-direito-ao-esquecimento-e-a-responsabilidade-civil>> Acesso em: 02/11/2018.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Brasília, a 48, n, 189. 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/189/ril_v48_n189_p259.pdf> Acesso em: 10/10/2018..

ASFOR, Ana Paula. **O dano moral e os direitos da personalidade**. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24649/o-dano-moral-e-os-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 31/10/2018.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las Piezas del Derecho**. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 63-64

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 560.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. **The right to privacy**. Harvard Law Review, vol. IV, no. 5, 1890.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: Acesso em: 06 agosto 2018.

_____. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 24 outubro 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097/RJ. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013a. Disponível em: Acesso em: 08 /08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153/RJ. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013. Disponível em: Acesso em: 31/08/2018.

_____. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BUCAR, Daniel. **Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento**. Civilistica.com, ano 2, n. 3. 2013. p. 3. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/10/Direito-ao-esquecimento-civilistica.com-a.2.n.3.2012.pdf>>. Acesso em: 13/10/2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 146.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **Infinito Particular: Privacidade no Século XXI e a manutenção do direito de estar só**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 292- 293).

COMISSÃO, Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 02/08/2018.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade** – 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CONJUR, Consultor Jurídico, 2004. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2004-fev-18/garotinho_livra_indenizar_revista_danos_morais>. Acesso em: 30/10/2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: **teoria geral do direito civil**. 28.ed. v.1. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Questioni di Principio** (1985), tr.it. de E. D'Orazio, Milano: Il Saggiatore, 1990.

ESPECIAL rádio STJ: direito ao esquecimento em debate. Brasília, Rádio STJ, 04 agosto 2013. Disponível em: <www.stj.com.br> Acesso em: 07 setembro 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. Apelante Gabrielle Darley Melvin e Apelada Dorothy Davenport Reid. Relator John Bernard Marks. 28 de fevereiro de 1931. Disponível em: <<http://www3.wooster.edu/economics>> Acesso em: 07/08/2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 7 ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa [et al.] (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.13-56
FONTELES, Samuel Sales. Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado de Goiás, n.29, 2015.

_____. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FILOSOFIA, Dicionário Escolar. Disponível em <<https://criticanarede.com/l.html>> Acesso em: 31/10/2018.

FOLHA de S. Paulo, 2002. Disponível em <<http://observatoriodaimprensa.com.br/primeiras-edicoes/folha-de-s-paulo-35/>> Acesso em: 30/10/2018.

FONTOURA, José Augusto Costa; MINIUCI, Geraldo. **Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento**. Volume 7, n.3, 2017.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, 1 vol.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 14. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral**. — 10. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. IV. HILDEBRAND, Antônio Roberto. **Dicionário Jurídico**. 4º ed. São Paulo: JH Mizuno, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

GRECO, Rogério. **Principiologia penal e garantia constitucional à intimidade**. in *Temas Atuais do Ministério Público*. 4 ed. Salvador: Jus Podvm, 2013.

JÄÄSKINEN, Niilo. **Conclusões do Advogado Geral da União Européia**. Apresentada em 25 de junho de 2013. Processo C131/12. Acesso em: 28 julho 2018.

MARINHO, Josaphat. **Rui Barbosa – valores da personalidade e da obra**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2001.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. p 42.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos via Internet: problemas relativos à sua formação e execução**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 776, p. 92-106, jun. 2000.

MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. **Liberdade de Informar e direito à memória – uma crítica à ideia de direito ao esquecimento**. *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 19. N.3, p. 808-838. Disponível em <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/304>> Acesso em: 30/08/2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.298.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Juizado Especial (Lei 9.099/95). Ação para retirada de nome em site na internet. Recurso Conhecido e Provido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso Inominado n. 0024.2009.381.956-3. Recorrente Duple Editorial Ltda. e Recorrido Alexandre Orlandi Franca. Belo Horizonte, 30 de outubro de 2009. Acesso em: 01/09/2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. Parte Especial, Tomo VII, § 738, “Direito à própria imagem”.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 229.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 610.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005.

PATEL, Felipe Brasil; FILÓ, Maurício da Cunha Savino; MAY, Yduan. **Direitos fundamentais e a técnica de ponderação de Robert Alexy**. 2017. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano6_voll_2017_artigo05.pdf> Acesso em: 05/09/2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19.a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado: Desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal. Apelação Cível n. 2008.001.48862. Apelante Jurandir Gomes de França e Apelado Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2008. Disponível em: Acesso em: 08 de agosto 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes. Indenizatória. Matéria televisivo jornalística: “chacina da Candelária”. Pessoa acusada de participação no hediondo crime e, afim, inocentada. Uso inconstitucional de sua imagem e nome. Conflito aparente entre princípios fundamentais de Direito: Informação “vs” Vida Privada, Intimidade e Imagem. Direito ao esquecimento e direito de ser deixado em paz: sua aplicação. Proteção da identidade e imagem de pessoa não pública. Dados dispensáveis à boa qualidade jornalística da reportagem. Dano moral e dano à imagem: distinção e autonomia relativa. Indenização. Quantificação: critérios. Embargos Infringentes n. 2009.005.79. Embargante Globo Comunicações e Participações S/A e Embargado Jurandir Gomes de França. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 19 de maio de 2009. Disponível em: Acesso em: 08 agosto 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça”. 1- Preliminar - o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2-A Constituição Federal

garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe um aumento do seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator. Apelação Cível n. 0123305-77.2004.8.19.0001. Apelante Nelson Curi e outros e Apelado Globo Comunicações e Participações S/A. Rio de Janeiro, 17 de agosto de 2010. Disponível em: Acesso em: 31 agosto 2013.

RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS - AI: 70073400129 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 28/06/2017, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/07/2017). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474944807/agravo-de-instrumento-ai-70073400129-rs>> Acesso em: 11/11/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades comunicativas e « direito ao esquecimento » na ordem constitucional brasileira**. Parecer. 22/01/2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>>. Acesso em 15/09/2015
Acesso em: 07/07/2018.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Tradução de Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SIERRA, Joana de Souza. Um estudo de caso: O direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-fundamentais-evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3rica-dos-direitos-humanos-um-longo-caminho>> Acesso em: 03/09/2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.232.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. rev. mod e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 300.

TARTUCE, Flávio. 2016. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tecnica-da-ponderacao-no-novo-cpc-posicao-favoravel/16216>>. Acesso em: 29/09/2018.

TERWANGNE, Cécile. **Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido**. Revista de Internet, derecho y política. Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC, febrero 2012.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis**. In: Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa [et al.] (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, aos comitês econômico e social e aos comitês das regiões: uma abordagem sobre a proteção dos dados pessoais na União Europeia**. Bruxelas, 4 de novembro de 2010. Disponível em: Acesso em: 15 de setembro 2018.

_____. Diretiva 1995/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Bruxelas, 24 de outubro de 1995. Disponível em: Acesso em: 07 de agosto 2018.

_____. Diretiva 2002/58/EC do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Bruxelas, 12 de julho de 2002. Disponível em: Acesso em: 07/08/2018.


ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2008.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O direito ao esquecimento como meio de proteção dos direitos da personalidade”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Camila Dal Comuni Augusto, defendido em 26/11/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 26 de Novembro de 2018.



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor Orientador



Daniel Rocha Chaves
Membro de Banca



Gustavo Xavier de Camargo
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Camila Dal Comuni Augusto

RG: 5.345.431

CPF: 095.283.759.52

Matrícula: 14101507

Título do TCC: O direito ao esquecimento como meio de proteção dos direitos da personalidade.

Orientador(a): Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, **Camila Dal Comuni Augusto**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 26 de novembro de 2018.

Camila Dal Comuni Augusto
CAMILA DAL COMUNI AUGUSTO